

En analyse av strpl. § 216I, med vekt på selvinkrimineringsvernet

Kandidatnummer: 686
Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 17656 ord

23.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Fremstillingen videre	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>5</u>
2.1	EMK som rettskilde og dens stilling i norsk rett	5
2.2	EMDs praksis og dens betydning i norsk rett	7
2.3	Straffeprosessloven § 216l	8
<u>3</u>	<u>HVA REGULERER STRPL. § 216L?</u>	<u>10</u>
3.1	Materielle vilkår	10
3.1.1	Mistankekravet	10
3.1.2	Kriminalitetskravet	11
3.1.3	Forholdsmessighetsprinsippet	12
3.2	Prosessuelle vilkår	12
3.3	Nærmere avklaring av innholdet til strpl. § 216l	13
3.4	Strpl. § 216l som etterforskningsmetode	13
3.5	Hva er bakgrunnen til strpl. § 216l?	16
3.6	EMK art. 8	17
3.7	Kryssende hensyn	18

<u>4</u>	<u>HVA ER SELVINKRIMINERINGSVERNET?</u>	<u>22</u>
4.1	Hva omfatter selvinkrimineringsvernet?	22
4.1.1	Hvilken betydning har tvangselementet i forhold til selvinkrimineringsvernet?	24
4.1.2	Vil enhver form for utilbørlig tvang føre til brudd på selvinkrimineringsvernet?	25
4.1.3	Nærmere presisering av selvinkrimineringsvernet	27
4.2	Hvem gjelder selvinkrimineringsvernet for?	30
4.2.1	Når foreligger det en "criminal charge"?	30
4.2.2	Når er vedkommende "charged"?	32
4.3	Når gjelder selvinkrimineringsvernet?	34
4.4	Hvordan er stillingen etter norsk rett?	36
4.4.1	Når blir en siktet?	36
4.4.2	Når er man mistenkt?	38
4.5	Er begrepene "mistenkt, siktet og charged" sammenfallende?	39
4.6	Rekker selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 lenger enn norsk intern rett?	41
<u>5</u>	<u>FORHOLDET MELLOM STRPL. § 216L OG SELVINKRIMINERINGSVERNET</u>	<u>44</u>
5.1	Hvordan forholder fremgangsmåten hjemlet i strpl. § 216l seg til selvinkrimineringsvernet?	44
5.1.1	Nærmere om fremgangsmåten.	44
<u>6</u>	<u>BEVIS</u>	<u>53</u>
6.1	Kan bevis som er tilkommet gjennom avlytting eller opptak av telefonsamtale eller annen samtale benyttes i en senere straffesak?	53
6.1.1	Prinsippet om fri bevisførsel	54
6.1.2	Vil bevis som er innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet tilsi at det må avskjæres?	55
6.2	Hva er betydningen av Rt. 1999 s. 1269 (fengselsbetjentdommen)?	57

<u>7</u>	<u>RETTE TIL EN RETTFERDIG RETTERGANG</u>	<u>62</u>
7.1	Har siktede fått en rettferdig rettergang?	62
<u>8</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>70</u>
8.1	Hva burde være konsekvensen av at etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l krenker selvinkrimineringsvernet.	71
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>73</u>
<u>10</u>	<u>LISTE OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Forholdet mellom etterforskningens formål og mistenktes rettigheter vil ofte kunne være motsetningsfylt og representere hver sin motpol.

Etterforskning er en formålstyrt virksomhet, hvor siktemålet er å avdekke om et straffbart forhold er begått. Etterforskningen vil for en stor del bestå i avhør av mistenkte og andre som antas å ha informasjon som kan være av betydning for saken. På den annen side har personer som er mistenkt for en straffbar handling rett til å forholde seg taus, rett til å nekte å forklare seg og rett til å ikke bidra til egen domfellelse.

Når nye etterforskningsmetoder etableres er det nødvendig å finne en balansegang mellom motpolene, samtidig som formålet bak etterforskningen og mistenktes rettigheter ikke mister sin verdi.

Høsten 1999 ble det innført en ny bestemmelse, straffeprosessloven § 216l, som regulerer politiets mulighet til å foreta skjult opptak eller avlytting av samtaler de selv deltar i eller har fått samtykke til å avlytte. Etterforskningsmetoden skal benyttes til bevissikring. Når beviset består av et opptak styrkes bevisverdien.

Selv om etterforskningsmetoden nå er lovregulert, er det flere forhold som reiser spørsmål ved en slik fremgangsmåte. Hva er betydningen av at politiet kan avlytte samtaler mellom andre, og hvilke følger kan det få at samtalen blir tatt opp. Kan politiet ha samtaler med den

mistenkte uten å gi seg tilkjenne, og hva er betydningen av at opptak av samtalen skjules for den mistenkte?

Etterforskningsmetoden åpner for at politiet kan innta en aktiv rolle under fremgangsmåten. Det kan enten skje gjennom direkte deltakelse under samtaler, eller som passiv lytter av andres samtaler. I lys av selvinkrimineringsvernet, blir det sentrale å vurdere politiets delaktighet. Denne oppgaven vil vurdere om etterforskningsmetoden går lenger enn det som tillates etter selvinkrimineringsvernet. Problemstilling blir således om etterforskningsmetoden i straffeprosessloven § 216l innebærer en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

1.2 Avgrensning

Oppgaven reiser problemstillinger knyttet til straffeprosessloven (strpl.) § 216l og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 6 nr.1.

Oppgaven tar utgangspunkt i selvinkrimineringsvernet slik det er innfortolket under retten til en rettfærdig rettergang jfr. EMK art. 6 nr. 1. Selv om man gjennom en negativ avgrensning av EMK art. 10 har en rett til å forholde seg taus, vil ikke denne bestemmelsen bli nærmere omtalt. Bakgrunnen for dette valget er at EMK art. 6 får direkte anvendelse i straffesaker, mens EMK art. 10 har et mer generelt anvendelsesområde.

Jeg har valgt å fokusere på den direkte og indirekte siden av selvinkrimineringsvernet. Dermed følger det naturlig å avgrense mot betydningen av at siktede benytter seg av sin rett til å forholde seg taus. Siktetes taushet i seg selv er ikke bevis for skyld. Dersom påtalemyndigheten ikke fører bevis som direkte knytter siktede til handlingen, kan det ikke legges avgjørende vekt på siktetes forklaringsnektelse. Men hvorvidt tiltaltes taushet kan brukes mot ham, baseres på en konkret bevisbedømmelse. Etter strpl. § 93 fremgår det at dersom siktede nekter å forklare seg kan dette bli ”ansett for å tale mot ham”.

Bevisbedømmelse har ikke direkte tilknytning til oppgaven, og behandlingen begrenser seg til en vurdering av innhenting og bruk av bevis.

Når det gjelder strpl. § 216l, kan tvangsmiddelet hjemlet i bestemmelsen også anvendes for å avverge alvorlig kriminalitet, jfr. strpl. § 222d. Av strpl. § 222d 5. ledd 2.pkt. fremgår det at i situasjoner hvor tvangsmiddelet brukes avvergende, vil personen som tvangsmiddelet rettes mot ikke være siktet, jfr. strpl. § 82 3. ledd. Det vil bero på en konkret vurdering hvorvidt personen er å anse som "charged", og derav har et vern mot selvinkriminering.

Bruken av strpl. § 216l i avvergende øyemed er derfor mindre aktuell i forhold til oppgaven, ettersom jeg vurderer selvinkrimineringsvernet opp mot handlinger som er påbegynt eller allerede fullført. Av den grunn har jeg valgt å avgrense mot strpl. § 216l brukt i avvergende øyemed.

1.3 Fremstillingen videre

I kapittel 2 vil det gjøres rede for rettskildene og metoden som knytter seg til oppgaven. Deretter vil det i kapittel 3 gis en presentasjon av strpl. § 216l, før oppgaven går videre til kapittel 4 som omhandler selvinkrimineringsvernet. For å kartlegge hva selvinkrimineringsvernet omfatter, for hvem og i hvilke situasjoner det gjelder, vil utgangspunktet bli tatt i praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol(EMD eller Domstolen). Praksisen trekker opp rammer for innholdet av rettigheten, og legger grunnlaget for hvordan norsk rett skal praktiseres for å sikre samsvar med EMK.

Oppgaven vil så bevege seg over til å vurdere bestemmelser i straffeprosessloven som gir vern mot selvinkriminering. Her er bestemmelsene i strpl. §§ 232 og 92 2. ledd, av sentral betydning.

I kapittel 5 vil oppmerksomheten rettes mot forholdet mellom strpl. § 216l og selvinkrimineringsvernet. Forholdet vil til dels bli belyst gjennom praksis. Oppgavens hovedtema er plassert i kapittel 6, og omhandler bevis som er innhentet etter strpl. § 216l. Konsekvensen av at selvinkrimineringsvernet er krenket behandles i kapittel 7. Utgangspunktet for drøftelsen er hvorvidt siktede har fått en rettferdig rettergang, jfr. EMK art. 6 nr. 1, og drøftelsen gir samtidig uttrykk for EMDs holdning til brudd på selvinkrimineringsvernet. Avslutningsvis i kapittel 8 vil trådene samles gjennom en kort oppsummering.

2 Rettskilder og metode

Oppgaven reiser problemstillinger knyttet til EMK og det er derfor hensiktsmessig å kommentere både rettskilden, EMDs praksis og metoden som legges til grunn.

I forhold til strpl. § 216l legges en alminnelig lovtolkning til grunn, og det vil bli redegjort for hvilke rettskilder som tillegges vekt.

2.1 EMK som rettskilde og dens stilling i norsk rett

Selvinkrimineringsvernet kommer til uttrykk, både i EMK og FN internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (FN SP). Begge konvensjonene er inkorporert i norsk rett. Menneskerettighetsloven (mrl.) § 3 jfr. mrl. § 2 fastslår at EMK og FN SP skal ”ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Det innebærer at de krav som følger av EMK og FN SP, virker som et supplement til norsk prosesslovgivning.

I tillegg vil betydningen av selvinkrimineringsvernet være en konsekvens av Norges forpliktelser etter internasjonale menneskerettighets konvensjoner som får direkte anvendelse i straffesaker, jfr. strpl. § 4, hvor det går frem at ”lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten(...)”. Strpl. § 4 tar riktignok ikke sikte på menneskerettskonvensjonene, men på folkerettsreglene om immunitet. Norsk rettspraksis har imidlertid ansett strpl. § 4 som uttrykk for et prinsipp som krever at

straffeprosesslovens regler tolkes slik at de bringes i samsvar med menneskerettskonvensjoner som Norge er bundet av.¹

Den sammenlagte betydningen av konvensjonene i norsk rett er at domstolene skal la EMK og FN SP ha forrang fremfor nasjonal rett, samtidig som domstolene må handle i samsvar med konvensjonene.

Selvinkrimineringsvernet kommer direkte til uttrykk gjennom FN SP art. 14 nr 3 (g), og bestemmelsen lyder:

“In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees in full equality: not to be compelled to testify against himself or to confess guilt”.

I motsetning til SP art. 14 er ikke rettigheten direkte regulert i EMK. Imidlertid gjennom EMDs praksis på 1990-tallet er vernet mot selvinkriminering forankret i EMK art. 6 nr. 1, og er innfortolket under retten til en rettferdig rettergang. Bestemmelsen lyder slik:

”In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”.

Selv om rettigheten kommer ulikt til uttrykk i artiklene, er innholdet hovedsaklig det samme. Riktignok skal norsk rett oppfylle den av konvensjonsregelen som gir mest omfattende vern, jfr. EMK art. 53. Ettersom FN SP art. 14 nr.3 g fastslår rettigheten, ville det være rimelig å anta at FN SP art. 14 nr. 3 g rekker lengst. Denne bestemmelsen må imidlertid tåle visse unntak, samtidig som menneskerettsdomstolen (EMD) har utviklet et omfattende vern mot ufrivillig selvinkriminering. I tillegg er EMDs praksis mer omfangsrik

¹ Jebens (2004) s. 72

enn FNs menneskerettskomité's praksis, og gir dermed et mer utfyllende bilde i forhold til rekkevidden av rettigheten. Av den grunn velger jeg å avgrense mot Sp art 14 nr 3(g). Videre vil derfor hovedfokuset være på EMK. art 6.

2.2 EMDs praksis og dens betydning i norsk rett

Et særtrekk ved EMDs praksis er at det blir innfortolket nye rettigheter i konvensjonsteksten, som for eksempel selvinkrimineringsvernet. Praksisen er bestemmende både for den fremtidige rettsutviklingen på området, og bidrar til å avklare og kartlegge innholdet i EMKs bestemmelser. Betydningen av praksisen fremgår også av EMDs avgjørelser, hvor det er inntatt et eget avsnitt hvor EMD redegjør for forståelsen av bestemmelsen, gjennom bruk av tidligere praksis. Dersom klagen gjelder et tolkningsspørsmål, som tidligere har blitt behandlet av EMD, vil den eldre praksisen ofte være avgjørende for så vidt gjelder forståelsen av bestemmelsen.²

EMDs praksis gir i tillegg uttrykk for metoden som legges til grunn ved tolkning av EMK. Utgangspunktet for tolkningen er bestemmelsen ordlyd. Ordlyden tolkes i lys av to prinsipper, som er av særlig betydning. Det autonome og dynamiske prinsippet. Prinsippene sikrer at konvensjonen gjenspeiler dagens samfunnsforhold, samt bidrar til å danne et uniformt innhold av rettighetene på tvers av konvensjonsstatene.

EMDs praksis forplikter konvensjonsstatene på to måter. Av juridisk teori fremgår det at det skjer gjennom avgjørelsens rettskraftvirkning og avgjørelsens rettskildemessig betydning.³

Rettskraftvirkningen inntreffer for statene som har vært part i den aktuelle saken, og

² Jebens (2004) s. 64

³ Jebens (2004) s. 66

innebærer at statene plikter å rette seg etter ”Domstolens endelig dom i enhver sak de er parter i”, jfr. EMK art. 46 nr. 1. Det betyr at staten må oppfylle de plikter som dommen pålegger dem.

Den rettskildemessige betydningen av EMDs praksis gjelder statene som ikke har vært part i saken, og følger av sikringsplikten i EMK art. 1. Dersom en dom kan være relevant for norsk rett, må det gjennom ulike tiltak sikres at norsk rett er forenelig med tolkningen.

Som følge av Norges forpliktelser etter EMK, må norsk praktisering av konvensjonen være i samsvar med innholdet som EMD har gitt de ulike rettigheter og friheter. Derfor har EMDs praksis stor betydning for konvensjonsstatene.

2.3 Straffeprosessloven § 216I

Utgangspunktet for tolkning er bestemmelsens ordlyd lest med naturlig språkforståelse.

Bestemmelsen ble innført ved lov av 3. desember 1999 nr. 82, og endret igjen ved lov av 17. juni 2005 nr. 87. Forarbeidene er grundige, og tillegges følgelig betydelig vekt ved tolkningen. De mest sentrale forarbeidene vil være Metodeutvalgets utredning og Politimetodeutvalgets utredning og Odelstingsproposisjonene som bygger på disse utredningene.⁴

Hittil er det sparsommelig med rettspraksis knyttet til bestemmelsen. Men ettersom bestemmelsen er en kodifisering av politiets metoder, kan tidligere praksis tillegges vekt ved tolkningen. I tillegg vil også praksis fra EMD ha stor vekt, se pkt. 2.2.

⁴ I rekkefølge, NOU 1997:15, NOU 2004:6, Ot.prp. nr. 64 (1998–1998) og Ot.prp. nr. 60 (2004–2005)

Standpunkter og argumenter som er fremkommet gjennom juridisk teori, vil bli fortløpende kommentert og vektlegges i den grad de fremstår som relevante.

3 Hva regulerer strpl. § 216I?

Dersom de materielle vilkårene er oppfylt ”kan politiet ved teknisk innretning avlytte eller gjøre opptak av telefonsamtale eller annen samtale med den mistenkte dersom politiet enten selv deltar i samtalen eller har fått samtykke fra en av samtalepartene.”

3.1 Materielle vilkår

Tvangsmiddelet som er hjemlet i strpl. § 216I kan benyttes under etterforskningen for å sikre bevis. Ved bruk av ulike tvangsmidler må det være mistanke om begått kriminalitet av en viss alvorlighet. Mistanke og kriminalitetskrav utgjør til sammen inngangskriteriene, og må være oppfylt for å kunne benytte tvangsmiddelet, samtidig som det må vurderes opp mot forholdsmessighetsprinsippet, jfr. strpl. § 170a.

3.1.1 Mistankekravet

Mistankekravet innebærer at politiet må påvise faktiske omstendigheter eller opplysninger som kan si noe om vedkommende som metodebruken rettes mot har foretatt eller har forsøkt å begå en straffbar handling. Kravet er objektivt i den forstand at mistanken må være forankret i ytre konstaterbare og derved kontrollerbare omstendigheter. Det betyr at

mistankekravet utelukker metodebruk på bakgrunn av mistanke i en persons subjektive overbevisning.⁵

Det andre elementet i mistankekravet er kravet til sannsynlighet for at personen har begått handlingen. Bevismateriale som legges frem, må gi en viss grad av sannsynlighet for at personen har begått handlingen. Inngangskriteriet er viktig, det klargjør hvem metodebruken rettes mot.⁶

I strpl. § 216l kreves det ”rimelig grunn” til mistanke, og medfører således ikke krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, men det må være sannsynlig at personen som skal utsettes for tvangsmiddelet har begått den straffbare handlingen.

3.1.2 Kriminalitetskravet

Kriminalitetskravet innebærer at det stilles krav om at mistanken må knytte seg til en straffbar handling av en viss alvorlighet.⁷ I strpl. § 216l er strafferammen vid, og omfatter enhver straffbar handling som kan ”medføre frihetsstraff”. Imidlertid er dermed politiet avskjært fra å benytte tvangsmiddelet under etterforskning av lovbrudd som sanksjoneres med for eksempel bøter. Strafferammen representerer således en begrensning i etterforskningsmetodens anvendelsesområde.

I strpl. § 216l 1. ledd 2. pkt. er det gjort unntak for kravet om tilregnelighet.

Etterforskningsmetoden kan anvendes selv om det ikke kan ilegges frihetsstraff, fordi den mistenkte på ”handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs” jfr. strl. § 44 eller under den kriminelle lavalderen, jfr. strl. § 46.

⁵ NOU 2004: 6, pkt. 6.2.1.

⁶ NOU 2004: 6, pkt. 6.2.1.

⁷ NOU 2004: 6, pkt. 6.2.2.

3.1.3 Forholdsmessighetsprinsippet

Under etterforskningen må bruken av tvangsmiddelet hjemlet i strpl. § 216l, vurderes opp mot forholdsmessighetsprinsippet etter strpl. § 170a, som gir anvisning på en todelt vurdering.

Først og fremst må vilkårene for å anvende avlyttingen være oppfylt, jfr. ” Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det”. Det vil si at dersom politiet kan få tak i opplysninger via andre mindre inngripende etterforskningsskritt, må disse metodene vurderes først, men ikke nødvendigvis forsøkes.

Videre kan ikke bruken av tvangsmiddelet være ”et uforholdsmessig inngrep”. Ettersom strpl. § 216l inneholder et beskjedent kriminalitetskrav, og ikke presiserer hvor lenge tvangsmiddelet kan tillates anvendt, er det forholdsmessighetsprinsippet som regulerer omfanget og sette grenser for bruken av etterforskningsmetoden.⁸

3.2 Prosessuelle vilkår

Kompetansen til å beslutte avlytting eller opptak ligger hos påtalemyndigheten jfr. strpl. § 216l 2. ledd 1. pkt. Etter strpl. § 216l 2. ledd 2. pkt, jfr. strpl. § 197 3. ledd skal beslutningen ”så vidt mulig være skriftlig”. Hvis den blir gjort muntlig skal den snarest mulig nedtegnes. Av beslutningen må det gå frem hvem den mistenkte er, hva han er mistenkt for og hva som er formålet med inngrepet. Det må fremgå av beslutningen at vilkårene er oppfylt og at forholdsmessighetsprinsippet er vurdert, samt hva avlyttingen

⁸ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 86

eller opptaket skal omfatte, det vil si hvilke samtaler det gjelder.⁹

3.3 Nærmere avklaring av innholdet til strpl. § 216l

Personer som har taushetsplikt, for eksempel lege, prest eller advokat, kan ikke avlyttes selv om de har samtykket. Tausplikten innebærer således en begrensning på bruken av metoden.

Samtaler som blir tatt opp eller avlyttet uten at politiet har vært delaktig faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Ordet ”samtale” skal tolkes vidt,¹⁰ og omfatter tilfeller hvor det kun er den ene parten som prater. Det avgjørende er at partene kommuniserer muntlig.

Det er bare opptak og avlytting ved hjelp av teknisk innretning som er regulert. Teknisk innretning kan være mikrofon, sender, båndopptaker eller et biapparat til bruk ved telefonavlytting.¹¹ Andre typer avlytting uten slike redskaper, omfattes ikke av strpl. § 216l.

3.4 Strpl. § 216l som etterforskningsmetode

Strpl. § 216 l gir anvisning på to ulike fremgangsmåter.

⁹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 23

¹⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 23

¹¹ NOU 1997:15, pkt. 4.2.6.2

Den ene fremgangsmåten er å avlytte eller å ta opp samtaler hvor politiet selv tar del i samtalen. I møte med den mistenkte kan politiet enten si hvem de er, eller la være å oppgi sin identitet. Denne fremgangsmåten brukes når politimannen, som møter den mistenkte, er utstyrt med båndopptaker eller sender.

Den andre fremgangsmåten innebærer at politiet foretar opptak eller avlytting med samtykke fra en av samtalepartene, såkalt samtykkeavlytting. Fremgangsmåten kan for eksempel benyttes når politiets informant snakker med en som er mistenkt for narkotikahandel.

Begge fremgangsmåtene har samme mål: Å innhente informasjon i etterforskningsøyemed. Fordelen med etterforskningsmetoden er at dersom samtalen blir tatt opp og avlyttet vil det sikre bevis for hva som er blitt sagt og det skapes notoritet. Det er bevismessig en heldigere situasjon å legge frem opptaket som bevis, enn å føre politimannen eller den samtykkende part, som vitner. Da vil den andre part kunne benekte innholdet av samtalen og dermed svekke vitneprovets bevisverdi.¹²

Strpl. § 216l regulerer ikke om den mistenkte skal underrettes om etterforskningsmetoden som pågår. Selv om det ikke uttrykkelig går frem av ordlyden, legges det til grunn at selve opptaket av samtalen skal holdes skjult. Hvis ikke blir formålet med etterforskningsmetoden forfeilet.

Reglene om dokumentinnsyn i strpl. §§ 242 og 264 vil være avgjørende for når den mistenkte får kjennskap til opptaket eller avlyttingen. Dette vil bli gjort kjent for den mistenkte enten gjennom politidokumentene eller før en eventuell hovedforhandling. Tidspunktet kan variere i den enkelte sak. Uavhengig om påtalemyndigheten skal benytte opptaket i en senere straffesak kan den mistenkte på etterforskningsstadiet ”få adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter” jfr. strpl. § 242 1. ledd 1. pkt. Dersom den

¹² Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 8.11.4

mistenkte får innsyn i materialet som foreligger kan han tilpasse forklaringen sin, påvirke vitne eller fjerne bevis. Derfor er adgangen kun åpen så lenge innsyn ikke skader den videre etterforskningen.

Imidlertid vil den mistenkte få innsyn i sakens dokumenter, når det blir tatt ut en tiltalebeslutning, jfr. strpl. § 264 1. ledd, 1.pkt.”Sakens dokumenter” forstås på samme måte i både strpl. §§ 242 og 264,¹³ og omfatter opplysninger og bevis vedrørende selve saksforholdet i vid forstand.¹⁴

Det fremgår av forarbeidene at et av formålene bak lovregulering var å gi politiet en klar hjemmel, for senere å kunne bruke opptak av samtalene som bevis i en straffesak.¹⁵ I denne sammenhengen vurderes vernet mot selvinkriminering og det fremheves i forarbeidene til bestemmelsen at:

”(...)politiets avlytting og opptak avskjærer muligheten til å kunne benekte hva som er sagt. Retten til å la være å bekrefte sannheten synes lite beskyttelsesverdig. Det er likevel en frihet enhver har, og som er reflektert i selvinkrimineringsforbudet (slik dette er innfortolket i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 6).”¹⁶

Den sentrale problemstillingen blir i det følgende å se om vernet mot selvinkriminering er ivaretatt i tilstrekkelig grad.

¹³ Rt. 2006 s. 157, avsnitt 20

¹⁴ Rt. 1993 s. 1077, s. 1080

¹⁵ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 8.11.4

¹⁶ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 8.11.4

3.5 Hva er bakgrunnen til strpl. § 216I?

Strpl. § 216I ble tilføyd ved lovrevisjon av 1999, og innebar en kodifisering av etterforskningsmetoden.

Straffeloven § 145 a rammer hemmelig avlytting og opptak av samtaler, som personen som gjør opptaket ikke deltar i, men regulerer ikke situasjonen hvor noen selv deltar eller har samtykket til opptaket/avlyttingen. Av den grunn var oppfatningen tidligere at det var en "lovlig etterforskningsmetode å utstyre en politimann eller annen person med sender eller opptaksutstyr".¹⁷

Imidlertid ble det stilt spørsmål om ikke legalitetsprinsippet var til hinder for at slik avlytting var lovlig uten særskilt lovhjemmel.

I vurderingen la Metodeutvalget til grunn at avlyttingen ikke avdekker mer enn det samtalepartene kan fortelle i ettertid. Samtidig ble det vektlagt at det forelå langvarig og fast praksis. Av den grunn valgte Metodeutvalget å ikke foreslå lovregulering.¹⁸

Av Andenæs¹⁹ går det frem at politiet har et viss handlingsrom, og det vises til at politiet uten lovhjemmel må kunne foreta seg det samme som enhver har rett til å gjøre i kraft av den alminnelige handlefrihet. "Samtidig er det også i juridisk teori fremhevet at det må foretas en vurdering av om avlytting i det konkrete tilfellet fremstår som tilbørlig."²⁰ Anders Bratholm fremhever at selv om en etterforskningsmetode ikke er forbudt, kan den fortsatt være utilbørlig ved at den strider mot straffeprosesslovens forutsetninger.²¹ Dette vil være

¹⁷ NOU 1997:15, pkt. 4.2.6.2

¹⁸ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 8.11.2

¹⁹ Andenæs (2003) s.169-170

²⁰ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) pkt.8.11.1

²¹ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) pkt 8.11.1

tilfelle for den samtaleparten som ikke kjenner til avlyttingen/opptaket.

Departementet la vekt på den juridiske teori, og mente at selv om politiets fremgangsmåter ikke tidligere var i strid med gjeldende rett, kan det være enkelte tiltak som likevel ikke bør kunne gjennomføres fordi inngrepets art ville stride mot legalitetsprinsippet. Hensyn bak legalitetsprinsippet tilsa at metoden burde lovreguleres.

3.6 EMK art. 8

Samtidig som formålet bak strpl. § 216 l var å gi politiet en klar lovhjemmel, var det et behov for å regulere etterforskningsmetoden for å sikre samsvar med EMK art. 8.

Bestemmelsen setter rammer i forhold til hva som kan tillates av inngrep mot borgerne, og medfører begrensninger i hva slags tiltak politiet kan ta i bruk under en etterforskning.

EMK art. 8 nr 1 beskytter retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse, og har til felles at de gir vern til individets private rettsfære.

Rett til korrespondanse, tolket i lys av rett til privatliv, omfatter private meddelelser uavhengig om den er skriftlig eller muntlig. ”Den enkeltes rett til privatliv og til å kunne meddele seg til andre uten innsyn fra utenforstående er en fundamental menneskerettighet. Den enkelte har behov for å kunne gi opplysninger om egne personlige forhold i samtaler med andre. Forutsetningen er som regel at opplysningene ikke bringes videre til utenforstående”.²²

Individets private sfære kan bli krenket dersom politiet tar opp fortrolige samtaler mellom personer, selv om den ene personen har samtykket, eventuelt er deltaker i samtalen. At den ene av samtalepartene har gitt tillatelse til politiet til å avlytte, bør ikke innebære at den

²² Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 8.3.1.4

andre samtalepartens vern er tapt. Selv om man aldri er helt sikker på at det som fortelles ikke går videre, "vil selve avlyttingen innebære en krenkelse av det vern EMK art. 8 gir den fortrolige meddelelse, og etter omstendighetene også av privatlivet."²³

Utgangspunktet er at hemmelig avlytting og opptak er en krenkelse av retten til respekt for sin korrespondanse. Imidlertid er ikke vernet etter EMK art. 8 nr.1 absolutt, og EMK art. 8 nr. 2 oppstiller vilkår for at det skal foreligge et legitimt grunnlag for å gripe inn i rettighetene.

Det første vilkåret om at inngrepet må ha hjemmel i lov er oppfylt. Videre må inngrepet ha et relevant formål. Når politiet foretar et inngrep i etterforskningsøyemed, må det antas at det faller inn under formålet "the prevention of disorder or crime". Til slutt må det være nødvendig i et demokratisk samfunn, noe som inngrep i etterforskningsøyemed åpenbart er.²⁴

Enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.²⁵ Gjennom lovreguleringen sikres det overensstemmelse med legalitetsprinsippet og EMK art. 8, som igjen fører til at rettssikkerheten styrkes for den enkelte.

3.7 Kryssende hensyn

Staten har et ansvar for samfunnets stabilitet og orden, og skal sikre den enkelte mot lovovertreidere. Således forpliktes staten til en viss effektivitet i

²³ NOU 2004:6, pkt. 7.2.5.2.

²⁴ NOU 1997:15, pkt. 4.1.10.3

²⁵ Ot.prp.nr. 64(1998-1999) pkt. 7.3

kriminalitetsbekjempelsen.²⁶ Oppgaven kunne vært lettere å oppfylle dersom myndighetene ikke var underlagt særlige begrensninger. Derimot ville det sannsynligvis utsette flere uskyldige for grunnløse inngrep. Det er da også bred enighet om at effektivitet må kombineres med rettssikkerhetsgarantier for den enkelte.

Politiets valg av metode er underlagt visse begrensninger. Politiets metodebruk må stå i forhold til trusselbildet. Etablering av nye metoder skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppklare, eventuelt avverge straffbare handlinger.²⁷

Når etterforskningsmetoden innebærer et inngrep i den private sfæren må hensynet til kriminalitetsbekjempelse vurderes opp mot hensynet til personvernet. I norsk rett er hensynet til personvernet et grunnleggende ulovfestet prinsipp.²⁸ Personvernet er kompleks og omfattende, og det medfører vanskeligheter å angi en eksakt uttømmende definisjon av begrepet. I forarbeidene sies det at:

”Personvernet beskytter et knippe av ideelle, ikke-økonomiske interesser. En sentral side ved personvernet er at den enkelte borger har rett til privatliv, til kommunikasjon og til personlig integritet. Hensynt til den personlige integritet tilsier blant annet at den enkelte skal ha kontroll over opplysningene om seg selv, særlig personlige opplysninger, og til å være i fred for andre.”²⁹

Kort sagt vil personvernet, for myndighetene representerer en forpliktelse til å respektere enkeltindividets privatliv.

I avveiningen av de kryssende hensyn, er det ulike momenter som kan tas med i betraktning.

²⁶ Aall (1994) s. 585

²⁷ NOU 1997:15, pkt. 3.1.1

²⁸ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 7.2

²⁹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 7.2

Et naturlig utgangspunkt er å se på hvor inngripende etterforskningsmetoden er. Som en hovedregel kan det sies at det er en større krenkelse når inngrepet skjer i det private rom kontra et offentlig rom. Når politiet følger fremgangsmåten hjemlet i strpl. § 216l, vil det være private samtaler som utsettes for avlytting eller opptak. En samtale mellom to vil hovedsakelige være i det private rom, selv om samtalen finner sted i et offentlig rom.

Det fremgår av forarbeidene at samtaler som avlyttes ikke avdekker mer enn hva som kan fortelles i ettertid, og vil derfor ikke representere en selvstendig krenkelse av fortroligheten.³⁰ Men overfor den deltageren som ikke vet om avlyttingen, vil avlyttingen kunne utgjøre et inngrep i den forutsetningen som ligger til grunn for hva personen sier.³¹

Samtidig må det vektlegges hvordan man får ut informasjonen fra den private sfære. Ved samtykkeavlytting vil det normalt kreves bruk av tekniske hjelpemidler. "Politiet kan iverksette en telefonavlytting, eller lytte gjennom et biapparat. Alternativt kan det plasseres en sender eller opptaksutstyr i rommer der samtalen skal finne sted."³² Dersom opplysningene ikke er oppnåelige eller tilgjengelige uten å ta i bruk skjulte tekniske hjelpemidler, tilsier det i seg selv at fremgangsmåten er et inngrep i personvernet.

Derimot må det tas i betraktning hvem som utsettes for inngrepet. Etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l retter seg mot personer som er mistenkt for lovbrudd. Den som har begått et lovbrudd, har selv gått utenfor det alminnelige kravet på vern om sitt privatliv som ligger i personvernet. Hvor store krenkelser en lovovertreder må finne seg i som følge av sitt lovbrudd, vil avhenge av dets alvor.³³ Personvernet gjør seg ikke i like stor grad gjeldende for en lovbrøyer som for en uskyldig person.

³⁰ NOU 1997:15, pkt. 4.2.6.3

³¹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 8.11.4

³² NOU 2004:6, pkt. 7.2.5.1

³³ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt.7.2

Et annet moment i vurderingen er hvor alvorlig kriminalitet det er tale om å bekjempe. Det aksepteres et større inngrep i personvernet dersom målet er å bekjempe alvorlig kriminalitet som for eksempel mistanke om terrorisme. Etter strpl. § 216l kan etterforskningsmetoden brukes ved alle lovbrudd som medfører "frihetsstraff". I utgangspunktet burde dette tilsi at ikke personvern hensynet er ivaretatt i tilstrekkelig grad. Men tatt i betraktning inngrepets karakter, sett i kombinasjon med at det er tillatt for privatpersoner å gjøre opptak av samtaler så lenge personen selv rettmessig deltar i samtalen, jfr. strl. § 145 a, vil ikke dette momentet være avgjørende. For politiet innebærer bestemmelsen således en begrensning i adgangen til å avlytte eller gjøre opptak av en samtale med samtykke fra en av samtalepartene.³⁴ Basert på dette kan det lave strafferammekravet forsvares.

Ut fra denne vurderingen kan det legges til grunn at hensynet til kriminalitetsbekjempelse har blitt tillagt størst vekt ved innføringen av bestemmelsen, som nok er en følge av det beskjedne inngrepet metoden fører med seg.

³⁴ Ot.prp.nr. 60 (2004-2005) pkt. 10.6

4 Hva er selvinkrimineringsvernet?

Vernet mot selvinkriminering er en viktig og omfattende prosessuell rettighet. Det sentrale i selvinkrimineringsvernet er at ingen skal tvinges til å medvirke til sin egen domfellelse eller å erkjenne straffeskyld. Dette innebærer en rett til å nekte å forklare seg.

Hovedhensynene bak selvinkrimineringsvernet er at den mistenkte ikke skal komme i en samvittighetskonflikt, hvor valget står mellom å lyve eller å inkriminere seg selv.

4.1 Hva omfatter selvinkrimineringsvernet?

Når det gjelder det nærmere innholdet av selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 nr.1, vil utgangspunktet hovedsakelig bli tatt i tre dommer. Først Funke mot Frankrike, dom av 25. februar 1993, deretter Saunders mot Storbritannia, dom av 17. desember 1996 (Saundersdommen) og til slutt O'Halloran og Francis mot Storbritannia, dom av 29. juni 2007. Annen relevant praksis vil bli kommentert fortløpende.

I Funke saken ble Frankrike innklaget for Menneskerettighetsdomstolen med påstand om brudd på både retten til en rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen. Saken gjaldt mistanke om overtredelse av fransk valutalovgivning. Basert på mistanken, ransaket franske myndigheter huset til den mistenkte. Under ransakingen ble det funnet kontoutskrifter og sjekkbøker tilhørende utenlandske konti, og Funke tilkjennega at han hadde midler plassert i utlandet, både i yrkesmessig og privat sammenheng. Disse dokumentene ble beslaglagt, og Funke fikk beskjed om å fremskaffe ytterligere

dokumenter som tollmyndighetene mente han hadde. Funke etterkom ikke kravet. Av den grunn ble han ilagt en løpende bot for hver dag han unnlot å fremlegge dokumentene.

Da saken kom opp for EMD, ble det uttalt at franske myndigheter kun hadde mistanke om at det eksisterte slike dokumenter som de krevde fremlagt. Funke påstod at det var myndighetens ansvar å skaffe til veie dokumentene. Det hadde, fra myndighetenes side, ikke blitt foretatt skritt for å få hånd om dokumentene. Funke hevdet at bøkene ble brukt i et forsøk på å presse ham til å utlevere dokumentene.

EMD fremhevet at selv om den internrettslige lovgivningen i Frankrike påla den enkelte skattebetaler å legge frem ulike dokumenter ved forespørsel og ga grunnlag for å ilegge bøter, var fremgangsmåten ikke forenlig med kravene til en rettferdig rettergang. I den forbindelse slås det fast at:

”The special features of customs law, cannot justify such an infringement of the right of anyone ”charged with a criminal offence”, within the autonomous meaning of this expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself.”³⁵

Av den grunn var fremgangsmåten i strid med EMK art. 6.

Som det fremgår av dommen, kan det utledes to ulike rettigheter av selvinkrimineringsvernet. Den ene, retten til å nekte å forklare seg, er snever og referer kun til muntlig tale. Den andre, retten til å ikke bidra til egen domfellelse, vil rekke videre i og med rettigheten ikke bare omfatter verbal kommunikasjon, men også beskytter mot å bli presset til å gi opplysninger som kan være inkriminerende.³⁶ Begge rettighetene er helt

³⁵ Funke v. France, para 44

³⁶ Trechsel (2005) s. 342

sentrale for å sikre en rettferdig rettergang, og bidrar til å innfri formålet med vernet i EMK art. 6 nr. 1.³⁷

4.1.1 Hvilken betydning har tvangselementet i forhold til selvinkrimineringsvernet?

Hovedregelen er at ingen skal tvinges til å inkriminere seg selv, men ikke alle former for tvang rammes. Hva slags tvang som strider mot selvinkrimineringsvernet må utdypes nærmere med utgangspunkt i EMDs praksis.

Funkedommen kan brukes til å illustrere problemstillingen. Her var tvangselementet av sentral betydning. I Funke dommen ble illeggelsen av bøtene ansett som utilbørlig tvang. Enten måtte Funke utlevere dokumenter som kunne være inkriminerende for ham eller betale bøtene han ble idømt.

Et annet eksempel er Jalloh mot Tyskland, dom av 11. juli 2006. I denne saken hadde tysk politi benyttet brekningsmiddel for å få klageren til å kaste opp en pose med narkotika som klageren hadde svelget da han ble arrestert. Posene ble i den følgende straffesaken brukt som bevis for å domfelle Jalloh for narkotikasmugling. I et obiter dictum, ble det fastslått at bruk av brekningsmiddelet representerte en form for tvang som var i strid med selvinkrimineringsvernet.

Situasjonen var noe annerledes i Heaney and McGuinness mot Irland, dom av 21. desember 2000. Både Heaney og McGuinness var mistenkt for å ha medvirket til å utløse en bombe på et område som tilhørte det britiske militæret. Av politiet ble de bedt om å redegjøre for sine bevegelser innenfor en tidsperiode. Dersom de ikke ga de nødvendige opplysninger ville de få en straff på 6 måneder. På grunn av tvangen straffetrusselen representerte, konstaterte EMD brudd på selvinkrimineringsvernet.

³⁷ Saunders v. the United Kingdom, para 68

Det sentrale i de nevnte dommene er at det foreligger utilbørlig tvang, og de viser at tvangen kan være av både fysisk og psykisk karakter. Men også trusler som er rettet mot andre kan oppfattes som utilbørlig tvang, såfremt truslene er egnet som pressmiddel. Langvarige politiavhør kan likestilles med utilbørlig tvang, dersom formålet med avhøret er å utmatte siktede og svekke motstandskraften, slik at det lettere kan oppnås en tilståelse.³⁸ ”Det samme synes å gjelde dersom det blir benyttet knep som bidrar til at den mistenkte tilstår eller kommer med uttalelser som kan være av inkriminerende art, som man trolig ikke ville fått tilgang til under et vanlig politiavhør”³⁹

4.1.2 Vil enhver form for utilbørlig tvang føre til brudd på selvinkrimineringsvernet?

I Saundersdommen ble Storbritannia innklaget for brudd på EMK art. 6. Saken gjaldt mistanke om manipulering av selskapet Guinness’ aksjekurs i forbindelser med oppkjøp av et annet selskap. Under straffesanksjonert sannhet og opplysningsplikt, innhentet kontrollmyndigheten forklaringer fra Saunders og flere. I den etterfølgende straffesaken ble disse forklaringene lest opp av påtalemyndigheten og brukt for å sammenligne hva Saunders hadde sagt tidligere i forhold til hva han sa i retten.

Dommen tar først stilling til innhenting av opplysningene og konkluderer med at det ikke hadde skjedd under en ”criminal charge”, men derimot under en forvaltningsmessig undersøkelse. Selve innhenting var dermed ikke i strid med EMK art. 6.

³⁸ Jebens (2004) s. 409

³⁹ Strandbakken (2003) s. 207

Videre går dommen over til å vurdere bruken av forklaringene, og konkluderer med at den måten forklaringene hadde blitt benyttet var i strid med vernet til å ikke inkriminere seg og at det følgelig forelå brudd på EMK art. 6.

EMD fastslår at retten til å nekte å forklare seg og retten til å ikke inkriminere seg selv, er etter flertallets oppfatning en anerkjent alminnelig standard som ligger i kjernen av kravene til "fair trial". Formålet er å beskytte den tiltalte fra utilbørlig tvang fra myndighetene for å dermed unngå justismord (miscarriage of justice). En forutsetning for at selvinkrimineringsvernet skal være en realitet, er at påtalemyndigheten fører sin sak uten bruk av bevis som er blitt til ved maktmisbruk eller gjennom tvang mot den tiltaltes vilje.⁴⁰

Som det fremgår av dommen er utilbørlige tvang ikke tilstrekkelig for at skal foreligge brudd på selvinkrimineringsvernet. Det kreves i tillegg at beviset er blitt til mot den tiltaltes vilje, jfr. dommens para. 68: "seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused." Det sentrale er at personen skal slippe å bidra aktivt med å skaffe bevis som senere kan lede til domfellelse.

Det vil si at bevis fremskaffet ved lovlig bruk av tvangsmidler, for eksempel beslag av gjenstander ved ransaking eller ved kroppslige undersøkelser i form av blodprøver, urinprøver og DNA bevis, ikke vil bli rammet av selvinkrimineringsvernet. Disse eksisterer uavhengig av personens vilje. Frivillig avgitt bevis rammes heller ikke av vernet, disse bevisene er ikke gitt mot personens vilje og antakeligvis heller ikke under utilbørlig tvang. Det samme antas å gjelde for dokumentbevis, men det er betinget av at de ikke inneholder forklaringer avgitt av den siktede.

I Saundersdommen var ikke innholdet i forklaringene direkte inkriminerende, men de ble benyttet til å så tvil om Saunders troverdighet. Det avgjørende for EMD var ikke innholdet,

⁴⁰ Saunders v. the United Kingdom, para. 68

men at forklaringene ble brukt i et forsøk på å inkriminere han. Derfor konstaterte domstolen brudd på EMK art 6 nr. 1.

4.1.3 Nærmere presisering av selvinkrimineringsvernet

Et annet aspekt av selvinkrimineringsvernet blir belyst i O'Halloran og Francis mot Storbritannia, dom av 29. juni 2007. Både O'Halloran og Francis ble tatt for fartsoverskridelse gjennom en fotoboks. En tid senere mottok begge brev fra politiet, hvor det ble opplyst om at de var forpliktet til å oppgi fullt navn og adresse på den som hadde kjørt bilen da fartsoverskridelsen fant sted. Brudd på disse pliktene ville føre til straff tilsvarende straffen for fartsoverskridelsen, nemlig en bot og prikker på førerkortet. O'Halloran innrømmet at det var han som hadde kjørt bilen, mens Francis påberopte seg retten til å forholde seg taus og til ikke å inkriminere seg selv. Begge ble dømt til å betale en bot og fikk prikker på førerkortet.

Da saken kom opp for EMD, påstod O'Halloran at han hadde forklart seg under trussel om straff, mens Francis hevdet at han hadde blitt straffet for å benytte seg av sin rett til å forholde seg taus. De anførte begge at selvinkrimineringsvernet var en absolutt rettighet, som forbød enhver form for bruk av direkte tvang for å fremkalle en forklaring. Imidlertid mente EMD at den sentrale problemstillingen i begge sakene var om klagerne hadde blitt tvunget til å gi inkriminerende opplysninger under trussel om straff, og om dette var i strid med EMK art. 6.

Innledningsvis viste EMD til praksis hvor vurderingstemaene knyttet til hvorvidt det er skjedd et brudd med selvinkrimineringsvernet er blitt mer konkretisert. I Jalloh mot Tyskland, blir det slått fast at det må tas i betraktning: "the nature and degree of the

compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put (...).⁴¹

Når det gjaldt “karakteren og graden av tvangsbruk ved frembringelsen av beviset”, fremgikk det klart at tvangen var av direkte karakter, men EMD reserverte seg mot en forståelse av selvinkrimineringsvernet som en absolutt rettighet. I forhold til tidligere saker, var informasjonen som skulle innhentes begrenset, herunder at det kun gjaldt identiteten til bilføreren. Det ble i denne sammenhengen påpekt, at de som velger å eie en bil, har akseptert at de må gi myndighetene opplysninger om identiteten til sjåføren dersom det skjer en overtredelse av trafikkreglene jfr. dommens para. 57.

Videre ble ”eksistensen av rettsikkerhetsgarantier ved frembringelse av beviset” gjennomgått. Her vektlegges det at hvis eieren kunne bevise at han ikke visste eller ikke burde vite hvem som kjørte bilen, ville han ikke kunne straffes. Opplysningsplikten var derfor ikke absolutt.

Avslutningsvis vurderte EMD bruken av beviset. For Francis var dette momentet uten betydning ettersom han hadde forholdt seg taus. Derimot hadde O’Halloran blitt dømt på bakgrunn av beviset, men EMD fremhevet at det var påtalemyndigheten sin oppgave å bevise utover enhver rimelig tvil at det var O’Halloran som hadde vært sjåføren, og at O’Halloran hadde hatt mulighet til å motbevise dette ved å føre de bevis han ønsket.

Etter en helhetsvurdering fant EMD at det verken hadde skjedd en krenkelse av retten til å forholde seg taus eller retten til å ikke inkriminere seg selv.

Avgjørelsene peker på at selvinkrimineringsvernet beskytter på to ulike måter, både direkte og indirekte.

⁴¹ Jalloh v. Tyskland, para. 101

Gjennom det direkte aspektet av selvinkrimineringsvernet, blir en person beskyttet mot at myndighetene benytter seg av tvang ved innhenting av beviset.⁴²

Mens gjennom det indirekte aspektet reguleres bruken av bevis innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet i en etterfølgende straffesak.⁴³

Dette kan medføre at det foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet uten hensyn til om beviset blir brukt i en etterfølgende straffesak. Det er heller ikke en automatikk i at en krenkelse av det direkte aspektet medfører at bruk av beviset i en etterfølgende straffesak representerer en krenkelse av det indirekte aspektet.⁴⁴ I en slik situasjon kan det inkriminerende beviset være supplert av andre bevis, som gir et tilstrekkelig grunnlag for domfellelse. Det indirekte aspektet vil bli nærmere omtalt senere i oppgaven.

Dommen innebærer en presisering av selvinkrimineringsvernet. I tidligere dommer som Funke og Saunders, hvor direkte tvang har blitt benyttet for å fremkalle en forklaring eller utlevering av opplysninger, har EMD konkludert med krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

I O'Halloran og Francis mot Storbritannia, mente EMD at enhver form for direkte tvang ikke nødvendigvis innebærer en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Momentene EMD stiller opp fører til en relativisering av vernet. Dommen signaliserer at dersom viktige samfunnsmessige interesser tilsier det, vil EMD gå relativt langt i å akseptere bestemmelser som straffesanksjonerer taushet.⁴⁵

⁴² Trechsel (2005) s. 346

⁴³ Trechsel (2005) s. 347

⁴⁴ Johansen (2007) s. 330

⁴⁵ Johansen, (2007) s. 330

I denne saken var straffen for å ikke å forklare seg på samme nivå med straffen for lovbruddet som var begått. Imidlertid avklarer ikke dommen hvor streng straff EMD vil tillate og heller ikke om EMD vil følge samme praksis uansett hvor alvorlig lovbruddet er. Rettssikkerhetshensyn tilsier at samfunnsinteresser kan veie tyngre ved mindre alvorlige lovbrudd, mens ved alvorligere lovbrudd burde individets rettssikkerhet stå sentralt.

Kort oppsummert kan det sies at selvinkrimineringsvernet er omfattende. Det favner om to ulike rettigheter og gir til en viss grad vern mot å bli utsatt for direkte utilbørlig tvang. Dessuten legges det føringer på hva slags bevis som kan innhentes og hvordan disse i ettertid kan anvendes. Samtidig gjelder selvinkrimineringsvernet i alle typer straffesaker, fra de enkle til de mest alvorligste og kompliserte.

4.2 Hvem gjelder selvinkrimineringsvernet for?

I forhold til oppgavens tema, vil det i det følgende bli avgrenset mot EMK art. 6 betydning i sivilrettslige saker. Samtidig medfører temaet at gjennomgangen av EMK art 6 anvendelsesområde får et summarisk preg. Det er uomtvistet at EMK art. 6 gjelder i forhold til straffeprosessen.

4.2.1 Når foreligger det en "criminal charge"?

Utgangspunkt for å fastslå hvem selvinkrimineringsvernet gjelder for, er artikkelens ordlyd. I EMK art. 6 står det "For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig rettergang(...)". En naturlig språkforståelse tilsier at selvinkrimineringsvernet gjelde for "enhver". Dette uttrykket modifiseres ved at det må sees i forhold til begrepet straffesiktelse (criminal charge).

Vilkårene for at EMK art. 6 skal komme til anvendelse er at det foreligger en ”criminal charge”. Som regel vil det ikke volde noe tvil om en sak angår en ”criminal charge” eller ikke. En sak blir innklagd og problemstillingen vil være om rettergangen innebærer en krenkelse av garantiene i EMK art. 6. Derimot vil det medføre større vanskeligheter å avgjøre om EMK art 6 får anvendelse dersom saken ikke tidligere ikke har vært behandlet som en straffesak. Derfor har det vært nødvendig å trekke grensen i forhold til disiplinærsaker, bagatellartede forseelser og rettergangsstraff.⁴⁶ Uttrykket ”criminal charge” tolkes autonomt. Gjennom EMDs praksis har det utviklet seg tre momenter som må tas med i vurderingen om noe er straff eller ikke:

Det første momentet, handlingens karakter og alvor, må tas i betraktning. Dersom en handling er i strid med ”ordensregler med begrenset anvendelsesområde i et lukket system”,⁴⁷ er det mer naturlig å anse det som disiplinær straff, og EMK art 6 vil ikke få anvendelse. Men så lenge handlingens egenart bærer preg av strafferettslig karakter og alle som handler i strid kan bli ilagt en sanksjon, taler det for at det er straff i konvensjonens forstand.

Det andre momentet er av tungtveiende betydning og gjelder sanksjonens karakter og alvor. Det gir en god indikasjon på at det foreligger en strafferettslig anklage, dersom handlingen er belagt med en reaksjon. Består sanksjonen av en lang fengselsstraff, vil EMK art. 6 uten videre få anvendelse, men det er de mindre alvorlige følgene, som bot og beslag som volder tvil. Tvilen må avgjøres basert på en helhetsvurdering.

Det siste momentet gjelder den internrettslige klassifiseringen, og må antas å være avgjørende dersom den går ut på at vedkommende er siktet. For øvrig stilles momentet på lik linje med de andre.

⁴⁶ Møse (2003) s 308

⁴⁷ Aall (1996) s. 119

De tre kriteriene er alternative, slik at det er tilstrekkelig at ett av dem er oppfylt for at EMK art. 6 kommer til anvendelse, men kan samtidig virke kumulative når ikke hvert enkelt kriterium gir noe klart svar.

4.2.2 Når er vedkommende "charged"?

I dette avsnittet vil fokuset være å se sammenhengen mellom når man er "charged" i forhold til når selvinkrimineringsvernet får anvendelse. Andre rettigheter og krav som trer i kraft som følge av at man er "charged" vil ikke bli kommentert nærmere.⁴⁸

For å kunne fastslo når en person er "charged" må begrepet tolkes. EMDs praksis gir uttrykk for at det er ulike forhold som vektlegges. I forbindelse med *Neumeister v. Austria*, dom av 7. mai 1974,⁴⁹ ble det uttalt at ordet "charged" måtte forstås "within the meaning of the convention". Det vil si at begrepet er autonomt. Konvensjonen er dermed ubundet av andre nasjoners klassifiseringer og definisjoner av begreper som mistenkt, siktet og tiltalt. Hensikten bak dette er å forhindre at statene ikke omgår konvensjonsforpliktelsene ved å betegne forholdet som noe annet enn det i virkeligheten er.

Det materielle innholdet vil være av langt større betydning enn det formelle. Dersom den formelle betegnelsen går ut på at vedkommende er siktet, er betegnelsen ansett å være avgjørende, men i andre tilfeller er betegnelsen bare et moment av flere som skal tillegges vekt. Det er ikke tilstrekkelig at vedkommende er anmeldt eller mistenkt for en straffbar handling, men det heller ikke et vilkår at det er utferdiget en tiltalebeslutning for at selvinkrimineringsvernet skal få anvendelse.⁵⁰

⁴⁸ Dette omfatter uskyldspresumsjonen, siktedes minsterettigheter og beregningen av "innen rimelig tid"

⁴⁹ *Neumeister v. Austria*, para 18

⁵⁰ *Jebens* (2004) s.386

I *Adolf v. Austria*, dom av 26. mars 1982, ble det presisert at det sentrale er å vurdere om ”det er grepet inn i personens situasjon på en måte som etter konvensjonenes formål bør gi ham den rett til å forsvare seg som artikkel 6 verner.”⁵¹ Formålet det siktes til er individets rettssikkerhet. Situasjoner som nødvendiggjør slike rettigheter er blant annet dersom det blir tatt ut siktelse eller tiltale.

I tråd med dette blir det uttalt i *Foti med flere v. Italy*, dom av 10. desember 1982, at ”charged” generelt kan bli definert som ”the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence”⁵². Imidlertid åpner dommen opp for andre muligheter og fastslår at ”charged”, kan ”take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.”⁵³ Men hva er det som gjør at ”the situation of the suspect has been substantially affected”?

I denne sammenheng må det sees hen til de ulike stadiene i etterforskningen. Stadiene kan grovt deles i to, hvor det første kalles kontrollstadiet, og kjennetegnes av at det ikke foreligger noen konkret mistanke om en straffbar handling. I det andre stadiet, som kan kalles etterforskningsstadiet, vil det foreligge et konkret tilfelle som etterforskes.⁵⁴

Det vil hovedsakelig være på etterforskningsstadiet at situasjonen kan bli ”substantially affected”, ved at personer kan bli direkte berørt av etterforskningen. Dette ble lagt til grunn i *Jan Heftye Blehr v. Norway*, avgjørelse av kommisjonen 11. april 1996. Fra sakens faktum fremgår det at ”the applicant’s direct involvement in the police investigation commenced on 8 December 1986 when he was interrogated by the police for the first time”

⁵¹ Aall (1996) s. 106

⁵² *Foti v. Italy*, para 52

⁵³ *Foti v. Italy*, para 52

⁵⁴ Ravlo-Losvik (1999) s. 14

og videre at kommisjonen anser at ” from 8 Dec. 1986, the applicant may in the circumstances be considered as having been substantially affected by the criminal investigation proceedings”.⁵⁵ Det er særlig på dette stadiet at det blir tatt i bruk tvangsmidler som ransaking, varetektsfengsling eller etterlysninger. Felles for disse tilfellene er at etterforskningen er rettet mot en person på en følbart måte.

Med dette bekreftes at andre strafferettslige begivenheter kan likestilles med formelle etterforskningsskritt og underretninger, og at man står overfor et tosporet system. Det ene alternativet er betinget av den formelle underretningen fra påtalemyndigheten, mens det andre alternativet ser hen til inngrepets art i forhold til om vedkommende er ”charged”. Begge alternativene gir en rett til sikkerhetsgarantiene etter art. 6 som følge av at en er ”charged”.

Som et resultat av en formålsbetraktning, hvor rettighetsbehovet i den aktuelle fasen er bestemmende,⁵⁶ vil konklusjonen være at selvinkrimineringsvernet gjelder for personer som er siktet for en straffbar handling. Som en konsekvens av en negativ avgrensning betyr det at selvinkrimineringsvernet ikke får anvendelse for vitner.

4.3 Når gjelder selvinkrimineringsvernet?

Utgangspunktet er at en person har krav på en rettferdig rettergang ved avgjørelsen av straffesiktelsen, altså ved ”the determination”, jfr. EMK art 6 nr 1. Ettersom vernet mot selvinkriminering er innfortolket i ”rettferdig rettergang”, tilsier det at selvinkrimineringsvernet gjelder fra samme tidspunkt.

⁵⁵ Jan Heftye Blehr v Norway 1996

⁵⁶ Aall (2004) s. 333

Tidspunktet for "the determination" gjelder primært den fasen hvor anklagen blir tatt opp til behandling, med andre ord ved hovedforhandling med avgjørelse av skyld- og straffespørsmål. Jebens skriver at:

"Ordet "rettergang" (hearing) tyder på at rettigheten bare gjelder under hovedforhandling i straffesaker. Formålet kan tilsi at rettigheten også bør gjelde på etterforskningsstadiet. Dette er imidlertid som utgangspunkt ikke tilfelle, fordi det på dette stadium ikke er tale om å få avgjort saken jf. EMK art. 6 nr. 1(...)":⁵⁷

I forhold til sitatet er det et behov for å nyansere begrepet, og skille ut de ulike funksjonene som er representert gjennom uttrykket "rettferdig rettergang", for deretter å fastslå når funksjonene får anvendelse. Som nevnt er vernet mot selvinkriminering innfortolket i "rettferdig rettergang". Formålet bak EMK art. 6 er å beskytte individet gjennom straffeprosessen frem til endelig dom, eventuelt til saken innstilles. Prosessen sees som et hele.⁵⁸

Dersom selvinkrimineringsvernet først trådte i kraft når saken skulle avgjøres av retten, ville formålet bak bestemmelsen bli vesentlig forfeilet. Fair trial begrepet må tolkes i lys av charge-begrepet, og her vil begrepet fungere som startpunktet av prosessen som ender med en realitetsavgjørelse, og som sagt gjelder selvinkrimineringsvernet allerede når vedkommende blir "charged".

Det medfører vanskeligheter å fastsette et konkret tidspunkt for når man er charged. Dette er individuelt og vil variere i forhold til den enkelte sak, men det avgjørende vil være når situasjonen til vedkommende er blitt "substantially affected". Dette vil være tilfellet under rettsaken, men også under etterforskningen - her med begrensninger. Rettigheten vil gjelde for etterforskningen i den utstrekning den påvirker rettssaken eller bevisene som føres

⁵⁷ Jebens (2004) s. 312-313

⁵⁸ Aall (1996) s. 126

der.⁵⁹ Det er først og fremst en krenkelse på etterforskningsstadiet, som senere kan medføre brudd på EMK art. 6 nr. 1, dersom det bevis krenkelsen knytter seg til anvendes for den dømmende rett.⁶⁰

Kravet til ”fair trial” medfører at hele prosessen må sees under ett, som igjen betyr at selvinkrimineringsvernet gjelder på ethvert stadium av straffeprosessen.

4.4 Hvordan er stillingen etter norsk rett?

Selvinkrimineringsvernet er gjennom mrl. § 2 gjort til formell norsk lov, og har derfor karakter av å være en regel. Men regelen har sitt utspring i et overordnet prinsipp hvis rekkevidde ikke er helt avklart.

I straffeprosessloven er det ikke en konkret bestemmelse som regulerer selvinkrimineringsvernet. Derimot er det et knippe regler som til sammen danner et vern mot selvinkriminering og disse bestemmelsene er utslag av et ”grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt”, jfr. Rt. 1999 s. 1269.

4.4.1 Når blir en siktet?

På samme måte som etter EMK art. 6 må det fastslås fra hvilket tidspunkt man har status som mistenkt eller siktet, som igjen avgjør når vedkommende har et vern mot

⁵⁹ Ot.prp.nr 64 (1998-1999) pkt. 4.3

⁶⁰ Aall (1996) s. 304

selvinkriminering. Andre rettigheter som tilfaller den mistenkte og siktede vil ikke bli nærmere omtalt.⁶¹

Utgangspunktet er strpl. § 82. Bestemmelsen regulerer når en person får stilling som siktet. Strpl. § 82 viser til tre ulike alternativer, hvorpå det første alternative innebærer en uttrykkelig erklæring fra påtalemyndighetens side. Erklæringen kan komme som følge av etterforskningskritt i saken, men det er ikke et krav. Den kan også gis gjennom et forelegg eller en påtaleunntatelse, og stillingen som siktet får vedkommende da ved meddelelsen.

Etter det andre alternativet blir man siktet når forfølgningen innledes for domstolene. Dette skjer blant annet ved tilståelsesdom eller når tiltale er reist.

Etter det siste alternativet er man siktet dersom det blir benyttet tvangsmidler mot personen, og gjelder både fra tidspunktet da bruk av tvangsmiddelet ble ”besluttet”, så vel som da tvangsmiddelet ble tatt i bruk, jfr. ”foretatt”. Lovteksten nevner spesielt ”pågripelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler”, og det antas at tvangsmiddelet hjemlet i strpl. § 216l faller inn under ”liknende forholdsregler”.

I forhold til det siste alternativet, er det i 3. ledd oppstilt et unntak. Personen får ikke status som siktet dersom det er tatt i bruk et tvangsmiddel ”som det ikke skal gis underretning om” jfr. strpl. § 82 3. ledd 1. pkt. Dette gjelder i alle tilfeller der det besluttes utsatt underretning. Utsatt underretning benyttes primært når etterforskningen er skjult, for eksempel ved kommunikasjonskontroll (KK), jfr strpl. § 216j. Hvordan stiller dette unntaket seg i lys av strpl. § 216l?

Spørsmålet er om etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l, er skjult i lik forstand som ved KK. På tilsvarende måte som med KK, kan formålet med etterforskningsmetoden hjemlet i

⁶¹ Andre rettigheter omfatter bla. krav på forsvarer, rett til innsyn og rett til å være til stede under rettsmøter.

strpl. § 216l, miste sin verdi dersom den mistenkte på forhånd får beskjed om tiltaket som skal iverksettes. Forskjellen er at ved KK er selve etterforskningen skjult. Derimot når fremgangsmåten etter strpl. § 216l brukes, er det selve etterforskningsmetoden, altså opptaket eller avlyttingen, som er skjult, og ikke nødvendigvis hele etterforskningen. Det er ikke uvanlig at politiet tar i bruk skjult etterforskningsmetoder som ledd i en åpen etterforskning, men da vil det ikke være tale om skjult etterforskning som gir grunnlag for utsatt underretning etter strpl. § 82 3. ledd.⁶²

I tillegg fremgår det av forarbeidene at ” Siden utkastet § 216l er plassert i et eget kapittel 16b, gjelder ikke bestemmelsene i kapittel 16a for dette tvangsmidlet.”⁶³

Det vil si for å fastslå stillingen til den mistenkte etter strpl. § 216l, må en falle tilbake på hovedregelen om at den mistenkte får stilling som siktet jfr. strpl. § 82 1. ledd 3. alternativ.

Stilling som siktet har betydning i flere henseender, den gir siktede rettigheter så vel som plikter, men ”forutsetter også at han fra påtalemyndighetens side er nokså tydelig utpekt som en mulig eller sannsynlig gjerningsmann.”⁶⁴ Viktigst i denne forbindelsen er at den siktede ikke har forklaringsplikt. Dersom siktede forklarer seg frivillig er det ikke som et vitne, og straffbarheten ved å gi falsk forklaring faller bort jfr. strl. § 167.

4.4.2 Når er man mistenkt?

Selv om det i ulike paragrafer i straffeprosessloven blir vist til ”mistenkte”, er det etter loven ingen definisjon av begrepet, slik som tilfellet er med begrepet ”siktet”. Det nærmere innholdet kan kartlegges ved å trekke opp yttergrensene av begrepet.

⁶² Ot.prp.nr. 76 (2006–2007) pkt. 7.3.2

⁶³ Ot.prp.nr. 64 (1998–1999) pkt. 23 IV

⁶⁴ Hov (1999) s.191

Som et utgangspunkt kan det sies at den siktede alltid må ha vært ansett som mistenkt jfr. strpl. § 82: ”Den mistenkte får stilling som siktet(...)” og dette vil utgjøre den øvre grensen av begrepet ”mistenkte”. For å markere den nedre grensen mot personer som ikke er mistenkte, må det i det minste kreves at det er igangsatt en eller en annen form for etterforskning. Før det er det ikke spørsmål om å anse noen som mistenkte. Imidlertid vil ikke det utelukke at politiet kan rette mistanke mot flere. Ved såkalt dobbeltsidig mistanke, hvor det er flere mulige gjerningsmenn, kan samtlige få stilling som mistenkte, men kretsen av mistenkte kan ikke være for stor. I Rt. 1997 s. 1523 mistenkte politiet 20-30 personer i et motorsykkelmiljø for å være den mulige gjerningsmannen. Etter Høyesteretts mening var ikke grensen for hvor mange som kunne være mistenkt overskredet.

Det sentrale vil være om politiet eller påtalemyndigheten behandler vedkommende som mistenkt og om etterforskningen er rettet mot vedkommende. Dette kan ”gjøres gjennom en uttrykkelig betegnelse eller dersom vedkommende er gjenstand for særlig oppmerksomhet.”⁶⁵

4.5 Er begrepene ”mistenkt, siktet og charged” sammenfallende?

”Normalt vil de omstendigheter som gjør vedkommende ”charged” samtidig medføre siktelse etter norsk rett, typisk en meddelelse, pågripelse eller anvendelse av andre tvangsmidler”.⁶⁶ Imidlertid er det nødvendig å se nærmere på om reglene om mistenkte og siktede i norsk straffeprosess til sammen rekker langt nok til å sikre samsvar med EMK art. 6, eller om de norske reglene må suppleres.⁶⁷ Spørsmålet blir da om charge-begrepet favner videre og omfatter stillingen som mistenkt?

⁶⁵ Hov (1999) s.188-189

⁶⁶ Aall (2004) s. 333

⁶⁷ Aall (1996) s. 110

Det naturlige utgangspunktet er å følge EMDs praksis,⁶⁸ og legge en formålsbetraktning til grunn. Altså vil stillingen til den mistenkte bli ”affected” på en måte som utløser et behov for å kunne forsvare seg.

Som det ble redegjort for tidligere i oppgaven er vedkommende mistenkt når etterforskningen er rettet mot ham.⁶⁹ Kriteriet for å bli ansett som siktet og mistenkt er på dette punkt langt på vei sammenfallende, men det avgjørende vil være hva slags skritt som blir foretatt for å bekrefte mistanken, samt omfanget og intensiteten av disse. Hver enkel sak må vurderes individuelt. Noen saker vil riktignok være mer opplagte enn andre. Dersom det blir igangsatt utenrettslig etterforskning, i form av avhør rettet mot en mistenkt og en siktet, og den eneste forskjellen er at den ene er erklært siktet, gir det en indikasjon på at situasjonen blir ”affected” på en tilnærmet lik måte.

Det kan vises til Jan Heftye Blehr saken hvor den mistenkte enda ikke var siktet, men ble ansett å være ”charged” fra og med det første avhøret som ble gjennomført av politiet. Så lenge den mistenkte har mistanken rettet mot seg, og er gjenstand for særlig oppmerksomhet gjennom ulike etterforskningsskritt, vil det være rimelig å påstå at personens situasjon er ”substantially affected.”

Det betyr at dersom vedkommende er mistenkt etter norsk rett, og det er igangsatt utenrettslig etterforskning mot vedkommende, vil personen også være ”charged” i konvensjonens forstand.

⁶⁸ Adolf v. Austria

⁶⁹ Hov (1999) s.188-189

4.6 Rekker selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 lenger enn norsk intern rett?

Selvinkrimineringsvernet er ikke lovregulert i norsk rett, men er et anerkjent ulovfestet prinsipp, og kommer indirekte til uttrykk gjennom strpl. §§ 90,92 og 232, samt strl. § 167.

Etter norsk intern rett er det regler som gir den mistenkte en rett til å forholde seg taus og vern mot selvinkriminering, men gir de et tilstrekkelig vern?

Det fremgår av strpl. § 90 at siktede ikke har forklaringsplikt, i tillegg er det et krav om at siktede skal gjøres oppmerksom på dette, jfr. ”gjøres kjent med siktelsen og at han ikke har plikt til å forklare seg.” Bestemmelsen innebærer en rett til å nekte å forklare seg ovenfor politi, påtalemyndigheten og retten. Dersom siktede velger å forklare seg, men gir en uriktig forklaring, vil strl. § 167 få anvendelse. Den fastslår at den som er siktet ikke kan bli straffet for å ha avgitt falsk forklaring.

Situasjonen vil være noe annerledes for den som har stilling som mistenkt. Hovedregelen er at ingen har plikt til å forklare seg for politiet, jfr. strpl. § 230 1. ledd 1. pkt. ”Politiet (..) kan ikke pålegge noen å gi forklaring.” Strpl. § 232 1. ledd regulerer stillingen til den mistenkte direkte og krever at en mistenkt ”skal gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg”. Denne bestemmelsen gjelder i forhold til politiavhør.

Strpl. § 90 fastslår at siktede ikke plikter å forklare seg på noe stadium av saken, men gir ikke vern mot andre former for inkriminering. Det innebærer at siktede må tåle tvangsinngrep som kan gi inkriminerende opplysninger. Informasjon kan fremkomme gjennom beslag av gjenstander, jfr. strpl. § 203, ransaking av hans person etter strpl. § 195, gjennom fingeravtrykk og foto av den mistenkte etter strpl. § 160, og etter strpl. § 157 kan det innhentes DNA materiale.

Retten til å nekte å gi forklaring eller besvare spørsmål som kan medføre straff suppleres av strpl. § 92. Bestemmelsen retter seg mot avhørssituasjonen og gjelder både i forhold til

siktede og den mistenkte jfr. strpl. § 232 2. ledd 2. pkt. Særlig relevant er strpl. 92 2. ledd 1. pkt. som forbyr enhver form for ”løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang”. Det skal hindre at påtalemyndigheten misbruker avhørssituasjonen til å presse den mistenkte for opplysninger som er eller kan være inkriminerende.

Betydningen av bestemmelsen er at politiet ikke kan prøve å få en tilståelse ut av en mistenkt ved å feilaktig opplyse at en medsiktet har tilstått. Politiet kan heller ikke sette feller for den mistenkte, slik at politiet narrer den mistenkte til å gi belastende forklaringer.⁷⁰ I tillegg fastslår strpl. § 92 2. ledd 3. pkt. at ”avhøringen må ikke ta sikte på å trette ut siktede”. Forbudet gjelder for alle typer avhør, men tar spesielt sikte på alvorlige saker, der avhørene kan foregå på natten, og ikke sjelden være langvarige og gå over flere dager.

Straffeprosesslovens regler suppleres dessuten av de mer utførlige retningslinjene i påtaleinstruksens § 8-1 til § 8-4 som omhandler avhør. Av påtaleinstruksen § 8-2 går det blant frem at ”spørsmål må ikke stilles slik at noe som ikke er innrømmet forutsettes som erkjent av mistenkte.” Samme bestemmelse fastslår at ”ved avhøringen må tjenestemannen alltid opptre rolig og hensynsfullt.”

Siktedes vern mot utilbørlighet i forbindelse med avhøret styrkes av straffelovgivningen. Av særlig betydning er regelen i strl. § 115 som retter seg mot offentlig tjenestemann som anvender ulovlige midler for å oppnå en forklaring i en bestemt retning eller en tilståelse i straffesak. Også de alminnelige reglene om frihetsberøvelse og tvang i strl. § 226 og § 227, og om vold i strl. § 228 flg. er av betydning i denne sammenheng.

Disse bestemmelsene gir i utgangspunktet et godt vern om siktede.⁷¹ Formålet bak disse reglene er å oppnå en mest mulig riktig forklaring, samtidig som den mistenktes rett til å

⁷⁰ Andenæs (2000) s. 281

⁷¹ Aall (1994) s. 620-621.

nekte å gi forklaring skal effektiviseres. Til sammen er reglene en viktig del av det reelle vernet mot selvinkriminering.⁷²

Etter norsk rett gis den siktede adgang til å nekte å forklare seg overfor politiet, påtalemyndigheten og domstolen, mens den mistenkte rett til å nekte å forklare seg er begrenset til politiet. Både den mistenkte og den siktede er sikret mot at tvang og trusler blir brukt i avhør. Samtidig bestemmer strl. § 167 at siktede ikke kan straffes for falsk forklaring, og dette bygger opp under selvinkrimineringsvernet.

For den som har stilling som siktet er selvinkrimineringsvernet etter norsk rett i samsvar med EMK art 6. Den mistenkte derimot vil sikre seg en bedre beskyttelse etter EMK art. 6 ved å påberope seg retten til å ikke bidra til egen domfellelse. Dette er en konsekvens av et EMK art.6 vektlegger om situasjonen er ”substantially affected”, mens etter strpl. § 82 vil statusen være avgjørende for hvilke rettigheter som tilfaller personen. Selv om forskjellen mellom de ulike statusene ikke er stor, vil sonderingen få betydningen ved at selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 får anvendelse på et tidligere stadium.

⁷² Jebens (2004) s. 413

5 Forholdet mellom strpl. § 216l og selvinkrimineringsvernet

5.1 Hvordan forholder fremgangsmåten hjemlet i strpl. § 216l seg til selvinkrimineringsvernet?

I dette avsnittet vil jeg vurdere den direkte siden av selvinkrimineringsvernet og se dette i forhold til fremgangsmåten hjemlet i strpl. § 216l. Det sentrale er om bevis blir innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet. Den indirekte siden av selvinkrimineringsvernet vil bli behandlet i et eget avsnitt, hvor også resultatet av Rt. 1999 s. 1269 vil bli gjennomgått.

5.1.1 Nærmere om fremgangsmåten.

Selv om etterforskningsmetoden er lovregulert, og det må legges til grunn at etterforskningsmetoden er i samsvar med EMK, er det ulike sider ved fremgangsmåten som vil bli tatt opp og vurdert nærmere.

Som nevnt i oppgaven, se pkt.4.4.1, vil bruken av strpl. § 216l medføre at vedkommende som metoden retter seg mot er siktet jfr. strpl. § 82 1. ledd. Som siktet, vil vedkommende i egenskap av stillingen ha et vern mot å inkriminere seg selv, og dette vil gjelde uavhengig om det brukes åpne eller skjulte etterforskningsmetoder.

Det kunne være nærliggende å tro at tilsvarende gjelder for kommunikasjonskontroll, jfr. strpl. § 216a, og romavlytting, jfr. strpl. § 216m. Også under slike omstendigheter kan det forekomme opplysninger av inkriminerende art, men forskjellen er at politiet avlytter

samtaler mellom den mistenkte og tredjeperson, og ikke deltar i samtalen, verken direkte eller indirekte ved bruk av hjelpere.⁷³

I situasjoner hvor politiet ikke opplyser om at samtalen blir tatt opp, men samtaleparten vet at han prater med politiet, ”står saken i en annen stilling. Det hemmelige opptaket av samtalen medfører her bare at det blir vanskeligere for den mistenkte å benekte sine uttalelser til politiet.”⁷⁴ I slike tilfeller må fremgangsmåten sees i sammenheng med tiltakets formål, som er å innhente informasjon i etterforskningsøyemed. Så lenge politiet kun får inn opplysninger som iverksetter andre etterforskningsskritt vil ikke etterforskningsmetoden reise noen betenkeligheter i forhold til selvinkrimineringsvernet. Situasjonen er tilsvarende dersom begrunnelsen for at politimannen skal utstyres med mikrofon er for å sikre personell.⁷⁵

I forhold til strpl. § 216l og selvinkrimineringsvernet er det politiets medvirkning som skaper tvil. Grunnen er at politiet er involvert i samtalen, enten ved at en politietterforsker selv er delaktig i samtalen eller samarbeider med mistenktes samtalepartner.⁷⁶

I Rt. 2003 s. 549 sies det at bestemmelsene i straffeprosessloven og påtaleinstruksen om siktedes rettigheter ved avhør ikke er til hinder for at politiet (før), under og etter pågripelsen har samtaler med den siktede. ”Slike samtaler må imidlertid ikke på noe tidspunkt gå over i et avhør uten at den siktede uoppfordret og tydelig gjøres oppmerksom på rettighetene etter straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1,(...)”.⁷⁷

⁷³ Jebens (2004) s. 429

⁷⁴ Andenæs (2000) s. 208

⁷⁵ Ot.prp.nr. 60 (2004-2005) pkt. 10.6

⁷⁶ Jebens (2004) s. 430

⁷⁷ Rt. 2003 s. 549, pkt. 15

Men ved anvendelse av etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l, tilsier tiltakets formål at personen tiltaket er rettet mot ikke alltid kan underrettes om sine rettigheter på forhånd. Avhengig av innholdet av samtalen og hvordan politiet forholder seg, oppstår det i følge forarbeidene spørsmål om retten til å forholde seg taus er krenket, ”når politiet får frem opplysninger ved å samtale med en mistenkt uten å gi seg til kjenne som politi”.⁷⁸ Av den grunn kan det stilles spørsmål om politiet tilsidesetter flere av den mistenktes rettigheter under anvendelsen av denne metoden.

Det sentrale i selvinkrimineringsforbudet er at den mistenkte, hvis han er i en avhørssituasjon, ikke kan tvinges til å gi en forklaring eller å bidra aktivt til sin egen domfellelse. Dersom den mistenkte nekter å forklare seg, skal personen slippe å bli utsatt for press og trusler. I Rt. 2000 s. 1345 ble det lagt til grunn at ”politiet innenfor visse grenser kan opptre fordekt og med skjult identitet under etterforskning av alvorlig narkotikakriminalitet”.⁷⁹ I denne dommen var ikke etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l brukt, og de inkriminerende spørsmålene ble rettet mot vitner, som jfr. pkt. 4.2.2, ikke er beskyttet av selvinkrimineringsvernet. Imidlertid kan dommen tolkes dit hen at politiet bør ha samme handlingsrom som enhver annen borger og utgangspunktet bør være at politiet kan stille inkriminerende spørsmål under falsk identitet, såfremt dette skjer utenfor et avhør eller en avhørslignende situasjon.

I vurderingen om strpl. § 216l innebærer et brudd med selvinkrimineringsvernet bør utgangspunktet være bestemmelsens ordlyd hvor det går frem at ”politiet kan avlytte eller gjøre opptak av telefonsamtale eller annen samtale”. Derfor bør innholdet av politiets samtale med den mistenkte vektlegges. Det avgjørende vil være om samtalen i realiteten er et avhør.

⁷⁸ NOU 2004: 6, pkt. 4.4

⁷⁹ Rt. 2000 s. 1345, s. 1348

I avhør av den mistenkte går det uttrykkelig frem av strpl. § 232, 2. ledd. 2 pkt, jfr. strpl. § 92, 2. ledd at ”løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes”.

I forhold til selvinkrimineringsvernet kan etterforskningsmetoden være problematisk dersom politiet ikke gir opplysning om sin identitet i samtale med den mistenkte. Det sentrale er at politiet benytter ”uriktige opplysninger” ved å skjule sin identitet. Hensikten bak er å få frem informasjon. Den mistenkte tror han snakker med en fortrolig, mens han i realiteten samtaler med politiet. Samtalen kan da bære preg av å være et fordekt politiavhør, og politiet kan ha medvirket til et opplegg som kan fremstå som en felle for den mistenkte hvis det har kommet frem opplysninger av inkriminerende art.

Situasjonen kan arte seg tilsvarende dersom politiet foretar avlytting eller opptak med samtykke fra en av samtalepartene. Samtalen som blir avlyttet eller gjort opptak av, er basert på falske premisser, og den mistenkte blir ført bak lyset. Avlyttingen og opptaket utgjør et inngrep i den forutsetning som ligger til grunn for det mistenkte sier under samtalen, og kan innebære et brudd med mistenktes rett til å forholde seg taus.

Situasjonen kan illustreres med dommen inntatt i Rt.1994 s.1262. Dommen gjaldt innføring eller medvirkning til innføring av 3 kg hasj. Den rettslige problemstillingen var om et opptak av en telefonsamtale mellom den domfelte og en kurér, som samarbeidet med politiet, kunne legges frem som bevis.

En kurér hadde påtatt seg å transportere hasjen med fly til stedet hvor vedkommende skulle overlevere narkotikaen til mottakeren. På flyplassen ble vedkommende imidlertid pågrepet av politiet. Kuréren ble videre overtalt til å inngå et samarbeid med politiet. Samarbeidet innebar at kuréren skulle gå frem i samsvar med planen, men politiet skulle avlytte telefonsamtalen som vedkommende hadde med mottakeren. Under samtalen med mottakeren ble det avtalt møtested for overleveringen av narkotikaen. Etter politiets anmodning, foreslo kuréren at møtestedet skulle være hotellrommet, hvor både

vedkommende og politiet oppholdt seg. Da mottakeren ankom hotellrommet ble han pågrepet.

Da denne dommen ble avsagt la Høyesterett til grunn at fremgangsmåten var lovlig fordi den ikke ble rammet av strl. § 145a. Fremgangsmåten ble heller ikke rammet av de dagjeldende reglene etter strpl. kap. 16a, og dermed kunne opptaket legges frem som bevis. Høyesterett tok derimot ikke stilling til om det hadde skjedd et brudd på mottakeren sin rett til å forholde seg taus. Imidlertid kan det påstås at gjennom samarbeidet var mottakerens rett til å ikke bidra til egen domfellelse krenket. Politiet hadde, ved hjelp av den samtykkende samtaleparten, lurt mottakeren inn i et opplegg hvor det forelå få muligheter til å ikke bekrefte sannheten. Mottakeren var uvitende om politiets innblanding, og da overleveringen ble avtalt, bekreftet dermed mottakeren sin rolle i forhold til narkotikaen. Av dette fremgår det at hans mulighet og rett til å forholde seg taus var begrenset, som igjen førte til at mottakeren indirekte inkriminerte seg. Denne fremgangsmåten som politiet benyttet i denne saken er nå kodifisert i strpl. § 216l.

Videre skal den mistenkte i forkant av et politiavhør gjøres kjent med hva saken gjelder og at han ikke har plikt til å forklare seg, jfr. strpl. § 232. Det kan være ulike årsaker til hvorfor den mistenkte vil benytte seg av sin taushetsrett. Den mistenkte vil ikke gi noen forklaring for å hindre selvmotsigelser som kan virke inkriminerende. Andre ganger kan taushet være begrunnet i håpet om at det ikke foreligger tilstrekkelig bevis for domfellelse. Ren motvilje mot å forklare seg for politiet kan være en årsak til å forholde seg taus, men det kan også være for å unngå å avsløre medsammensvorne, eller den rette gjerningspersonen.⁸⁰ Dersom ikke politiet opplyser om den mistenktes rettigheter, kan politiet operere i strid med den mistenktes rett til å forholde seg taus. Dette var tilfellet i Rt. 1999 s. 1269.

⁸⁰ Garde, Strandbakken (2001) s. 81

I Rt. 1999 s. 1269 (heretter også fengselsbetjentdommen) hadde en fange som sonet en langvarig fengselsdom rømt fra fengsel, og en fengselsbetjent ble mistenkt for å ha hjulpet fangen med å rømme. Under etterforskningen ble fengselsbetjenten varetektsfengslet, det ble foretatt avhør, hans bopel ble ransaket og det ble tatt beslag, samt opplysninger om mobiltelefonbruk ble innhentet. Fengselsbetjenten ble løslatt og det tok $\frac{3}{4}$ år før det ble foretatt nye etterforskningsskritt. På dette tidspunkt innledet politiet et samarbeid med en av de innsatte ved fengselet. I en samtale mellom den innsatte og fengselsbetjenten, sa fengselsbetjenten seg villig til å hjelpe den innsatte med å rømme. Mot et vederlag på kr. 80 000, skulle fengselsbetjenten tegne en skisse av fengselet, og skissen skulle overleveres til en medhjelper utenfor fengselet.

Da fengselsbetjenten møtte opp for å overlevere skissen, ble han møtt av en politibetjent som utga seg for å være medhjelperen. Politibetjenten var utstyrt med skjult mikrofon og båndopptaker. Under samtalen spurte politibetjenten om den tidligere rømningen, og fengselsbetjenten innrømmet at han hadde hjulpet til med rømningen, og forklarte hvordan dette skjedde.

I den sammenheng uttalte Høyesterett at for ”etterforskningsskritt som tar sikte på å fremprovosere forklaring fra siktede, er det særlige hensyn som gjør seg gjeldende. Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har plikt til å bidra til egen straffefellese.” I den forbindelse ble det vist til både FN SP art. 14 nr. 3, g og EMK art. 6, samt påpekt ”for at retten skal være reell, bestemmer straffeprosessloven § 232 første ledd at mistenkte før han blir avhørt under etterforskningen, skal gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har noen plikt til å forklare seg.”⁸¹

Videre ble fremgangsmåten til politiet vurdert og førstvoterende mente at gjennom politiets bruk av den innsatte og politibetjenten har fengselsbetjenten ”blitt forledet til å forklare

⁸¹ Rt. 1999 s. 1269, s 1271

seg om den befatning som han etter politiets syn skal ha hatt med” rømmingen. I den sammenheng vektla Høyesterett at det ikke var fengselsbetjenten som hadde tatt kontakt, men initiativet lå hos den innsatte og politibetjenten og konkluderer med at ”den fremgangsmåte som er blitt benyttet ikke i tilstrekkelig grad respekterte mistenktes rett til å forholde seg taus. ”

Det sentrale ved Rt. 1994 s. 1262 og Rt. 1999 s. 1269, er at de mistenkte, som Høyesterett uttalte i fengselsbetjentdommen, blir forledet til å komme med innrømmelser som er inkriminerende. Som det fremgår av Saundersdommen:

“The right not to incriminate oneself, in particular presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused”.⁸²

Kjernen av selvinkrimineringsvernet er således at bevis ikke skal innhentes mot den mistenktes vilje. Spørsmålet blir da om den mistenkte avgir en frivillig forklaring, dersom den blir fremprovosert.

Fengselsbetjenten ble spurt direkte om han var involvert med flukten, mens mottakeren kom indirekte med innrømmelser ved at han ønsket å gjennomføre overleveringen av narkotikaen. Det kan tenkes at hvis politiet hadde operert med åpne kort, ville de sannsynligvis ikke oppnådd den samme informasjonen.

Situasjonen stiller seg annerledes dersom fengselsbetjenten og mottakeren hadde kommet med spontane erkjennelser som ikke var foranlediget av den regisserte situasjonen eller politiets utspørring. Av den grunn er det behov å trekke et skille mellom frivillige

⁸² Saunders v.the United Kingdom, para. 68

erkjennelser og forklaringer som mistenkte blir forledet til å gi, hvorpå den sistnevnte skjer mot den mistenktes vilje, og er av den grunn i strid med selvinkrimineringsvernet⁸³

Det avgjørende er altså om politiet inntar en aktiv rolle for å få den mistenkte til å tilstå eller bare anvender en passiv lyttepost.⁸⁴ I Rt. 1999 s. 1269 opptrådte politiet aktivt. Det samme kan sies om politiets rolle i Rt. 1994 s. 1262, hvor politiet ga kuréren instruks om å endre møtested for overleveringen av narkotikaen.

Felles for dommene er at opptakene og avlyttingen skjedde før innføringen av strpl. § 216 l, og politiet manglet dermed lovhjemmel. Imidlertid, som Høyesterett påpekte i fengselsbetjentdommen, var EMK en del av norsk rett, jfr. mrl. § 2, og strpl. § 4. ”Men også lenge før disse konvensjonene ble gjort til norsk rett, har det vært et grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt.”⁸⁵

Basert på Høyesteretts begrunnelse, gjør de samme hensyn seg gjeldene i dag, og kan ikke stille saken i en annen stilling.⁸⁶ Frem til lovreguleringen i 1999 ble slik avlytting og opptak ansett som en lovlig etterforskningsmetode uten lovhjemmel.⁸⁷ Ettersom strpl. § 216 l innebar en kodifisering av etterforskningsmetoden, vil ikke innføringen av bestemmelsen føre til noen endringer i rettstilstanden. Dommene vil fortsatt ha stor relevans og tillegges vekt ved tolkning av dagens rettstilstand.

I dette avsnittet har altså strpl. § 216 l blitt vurdert opp mot det direkte aspektet av selvinkrimineringsvernet gjennom dommene inntatt i Rt. 1991 s. 1262 og Rt. 1999 s. 1269.

⁸³ Berg (2001) s.67

⁸⁴ Strandbakken (2003) s. 200

⁸⁵ Rt. 1999 s. 1269, s.1271

⁸⁶ Andenæs (2000) s.208

⁸⁷ NOU 2004:6, pkt. 7.2.4.2.

I lys av disse dommene, kan det konkluderes med at i visse situasjoner, hvor politiet opererer med falsk identitet, og en tilståelse eller andre opplysninger blir fremprovosert i politiets regi, kan fremgangsmåten være uforenelig med selvinkrimineringsvernet.

6 Bevis

I denne delen vil oppgaven se på betydningen av det indirekte aspektet av selvinkrimineringsvernet knyttet opp mot bruken av bevis innhentet gjennom etterforskningsmetoden hjemlet i strpl. § 216l. Utgangspunktet vil bli tatt i Rt. 1999. s.1269 og dommens premisser.

6.1 Kan bevis som er tilkommet gjennom avlytting eller opptak av telefonsamtale eller annen samtale benyttes i en senere straffesak?

Det naturlige utgangspunkt er ordlyden i strpl. § 216l. Det kan ikke leses ut fra lovteksten på hva opplysningene, som er innhentet gjennom opptak eller avlytting av telefonsamtale eller annen samtale, kan brukes til. Ettersom strpl. § 216l er plassert i strpl. kap. 16b vil ikke bestemmelsen i strpl. kap. 16a gjelde for dette tvangsmidlet. Det innebærer at strpl. § 216i, som regulerer bruken av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll etter strpl. § 216a og romavlytting etter strpl. § 216m, ikke får anvendelse her.⁸⁸

Før innføringen av strpl. § 216l var det som sagt antatt at avlytting og opptak kunne brukes under etterforskning, men omstridt hvorvidt opplysninger kunne brukes i en straffesak.⁸⁹ Som det fremgår av forarbeidene var formålet bak strpl. 216l å gi politiet en klar hjemmel

⁸⁸ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 23

⁸⁹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 8.11

for å kunne benytte opptaket eller avlyttingen som bevis i retten.⁹⁰

6.1.1 Prinsippet om fri bevisførsel

Hovedregelen etter norsk rett er prinsippet om fri bevisførsel, og dette innebærer at hver av partene kan selv bestemme hva slags bevis som skal føres. Bakgrunnen for prinsippet er hensynet til sakens opplysning, hvor det enkelte bevis skal danne grunnlaget for dommerens overbevisning, som igjen skal sikre at retten treffer riktige avgjørelser. Det forutsetter en best mulig opplysning av saken, noe som skjer gjennom bevisførsel.⁹¹ Formålet med prosessen er å finne sannheten, og etter strpl. § 294 skal retten "våke over at saken blir fullstendig opplyst". Retten har med andre ord en selvstendig plikt til å bidra med å finne sannheten.

Prinsippet om fri bevisførsel innebærer ikke en absolutt frihet, noen unntak har alltid vært anerkjent, og betyr at retten har plikt til å avskjære enkelte bevis. Et bevisforbud betyr at en part nektes å føre et bevis for den dømmende rett. Dette gjelder de mer tradisjonstunge bevisforbudene som fremgår av strpl. §§ 117-120, som omhandler taushetspliktsbelagte opplysninger, mens andre bevistilbud kan retten avskjære som følge av strpl. § 292. Bestemmelsen gir regler for bevisavskjæring, som igjen legger opp til en avveining av bevisverdi på den ene siden, og forskjellige mothensyn på den andre. Relevans er imidlertid et grunnkrav for bevisføringsadgang og er således en forutsetning for at en avveining overhodet skal være aktuell, bevis uten relevans kan avskjæres allerede av den grunn.⁹²

Grunnbestemmelsen er i strpl. § 292 og annet ledd fastslår at bevis kan nektes ført dersom beviset er uten betydning for dommens innhold, eller om forhold som allerede er

⁹⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) pkt. 23

⁹¹ Aall (2002) s. 534

⁹² Aall (2002) s. 534

tilstrekkelig bevist, eller dersom beviset åpenbart ikke har noen beviskraft. Bakgrunnen for disse begrensningene er å forhindre at domstolsbehandlingen trekkes ut i tid som følge av irrelevant og overflødig bevisførsel.

Som et utgangspunkt kan en si at bevis som er ervervet gjennom avlytting eller opptak kan benyttes som bevis i en senere straffesak, dersom beviset har betydning for dommens innhold jfr strpl. § 292 2. ledd lita a.

”Selv om formålet med prosessen er å finne sannheten, gjelder ikke dette for enhver pris. Andre beskyttelsesverdige interesser kan tilsi at beviset som kunne hatt betydning for dommens innhold, likevel ikke tillates ført.”⁹³ Gjennom praksis har det utviklet seg noen momenter som må tas i betraktning når det vurderes om bevis ervervet på ulovlig eller kritikkverdig måte, skal tillates ført. Disse momentene sammen med de lovfestede unntakene medfører en viss innskrenkning i prinsippet om fri bevisførsel.

6.1.2 Vil bevis som er innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet tilsi at det må avskjæres?

I forhold til bevis innhentet etter strpl. § 216l, er dette relevant i de tilfeller hvor det har skjedd en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Hovedregelen er som sagt fri bevisførsel og det betyr at det er unntakene som må begrunnes. Det rettslig problemstillingen blir dermed: hvorfor skal bevis som er innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet avskjæres?

Utgangspunktet er at hvert enkelt bevis må vurderes individuelt og det må se hen til hvilken betydning ulovligheten har hatt. At beviset er fremskaffet ulovlig kan føre til at påliteligheten svekkes, for eksempel hvor tiltalte er truet til å tilstå handlingen. Adgangen

⁹³ Strandbakken (2003) s. 183

eller den eventuelle adgangen til å føre beviset kan også krenke de interesser som ligger til grunn for regelen som er overtrådt i forbindelse med at beviset ble innhentet, for eksempel hvor det er innhentet en vitneforklaring i strid med lovbestemt taushetsplikt.⁹⁴ I andre situasjoner kan bevisavskjæring være nødvendig eller ønskelig ut fra personvern hensyn, eller for å avholde politiet eller en privatperson for å gå frem på en ulovlig måte.⁹⁵

I Rt. 1991 s. 616, gjaldt saken fremleggelse av et hemmelig videoopptak som bevis. Videokameraet var blitt installert av en arbeidsgiver som mistenkte en av sine ansatte for underslag. Høyesterett slo fast at dersom et bevis er blitt til på ulovlig måte, innebærer ikke det automatisk at beviset avskjæres. Videre i dommen ble det uttalt at det ville kunne "virke støtende om bevis som er skaffet på denne måten ble tillatt brukt, og det vil kunne bli oppfattet som en ny krenkelse av den som har blitt overvåket".

Tilsvarende i Rt. 1997 s. 795, hvor det var spørsmål om et hemmelig telefonopptak, mellom en far og hans barn, kunne tillates ført i en barnefordelingssak. Her fremhevet Høyesterett den skade som allerede hadde skjedd ved opptaket ville forsterkes ved å tillate anvendelse av beviset.

Dommene har blitt forstått dit hen at hvis bevisførselen innebærer en fortsettelse av den krenkelse som ble begått ved ervervelsen, kan beviset avskjæres. Resultatet i begge de ovennevnte dommene var bevisavskjæring. På den annen side, hvis ikke bevisførselen representerer en ytterligere krenkelse, må det foretas en interesseavveining, hvor hensyn til sakens opplysning og personvern hensyn står sentralt.

I tråd med dette, blir det i Rt.1999 s.1269 konstatert at de beviser som ble fremskaffet i strid med selvinkrimineringsvernet, gjennom fremgangsmåten til den innsatte og politibetjenten, var ulovlig ervervet. Dommeren foretar deretter en vurdering om hvilken

⁹⁴ Strandbakken (2003) s. 184

⁹⁵ Aall (2002) s.963

betydning den ulovlige ervervelsen av bevisene skal ha, og vektlegger om bevisene vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervelsen av beviset. I den forbindelse uttaler dommeren:

”I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til de beviser som er fremskaffet (...), ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset. Jeg er på dette grunnlag kommet til at de beviser som er fremskaffet (...), skulle ha vært avskåret.”⁹⁶

Imidlertid er det nødvendig å presisere at disse bevisene er blitt til ved at fengselsbetjenten er ” blitt forledet til å forklare seg”.⁹⁷ Utsagnet kan tolkes dit hen at det må sondres mellom den mistenktes spontane innrømmelser og innrømmelser som er fremprovoserte, og innebærer at de førstnevnte innrømmelsene fortsatt kan være lovlige bevis, mens det er de framprovoserte innrømmelsene, som må regnes som ulovlig bevis.⁹⁸

6.2 Hva er betydningen av Rt. 1999 s. 1269 (fengselsbetjentdommen)?

Forarbeidene til bestemmelsen sier at ”Det følger av prinsippet av fri bevisførsel at opptak som er gjort med hjemmel i utkastet § 216, kan brukes som bevis i retten.”⁹⁹ Det er imidlertid et spørsmål om dette formålet likevel alltid kan nås.

⁹⁶ Rt.1999 s. 1269, s. 1272-1273

⁹⁷ Rt.1999 s. 1269, s. 1271

⁹⁸ Berg (2001) s. 67

⁹⁹ Ot.prp. nr.64 (1998-1999) pkt. 23

I forhold til utsagnet i forarbeidene, hevder Andenæs at ”Etter Høyesteretts dom i Rt. 1999.1269 må det imidlertid gjøres en vesentlig begrensning i dette.”¹⁰⁰

Likeledes mener Jebens at det er mulig at dommen medfører en begrensning i adgangen til å bruke opplysninger fremkommet ved samtalekontroll etter strpl. § 216l som bevis i straffesaker.¹⁰¹ Jebens hevder at dersom bevis innhentet etter strpl. § 216l skal tillates ført, forutsetter dette at politiet gir seg tilkjenne og spiller med åpne kort, og ikke forleder mistenkte til å inkriminere seg selv.¹⁰² Bakgrunnen for dette er vernet etter EMK art 6 nr. 1.

Berg følger i samme spor og sier at ” Etter fengselsbetjentdommen er det derfor klart at domstolene, uten hensyn til det som står i strpl. § 216l, må avskjære bevisframleggelse dersom det er nyttet provokasjon under telefonsamtalen for å få fram en tilståelse, eller telefonsamtalen ellers reelt sett må bedømmes som et fordekt politiavhør.”¹⁰³

Dette synspunktet får ytterlig støtte fra ”nyere” forarbeider hvor det fremgår at ” hvis fundamentale straffeprosessuelle prinsipper er krenket, vil beviset fortsatt måtte avskjæres slik som i Rt. 1999 side 1269.”¹⁰⁴

På den annen side har imidlertid avgjørelse vært kritisert, fordi selvinkrimineringsvernet tillegges for stor vekt ”på bekostning av den materielle sannheten”.¹⁰⁵ Politiets opptreden under falsk identitet bør i stedet sees under en helhetsvurdering. I denne saken forelå det andre bevis og det kan ikke utelukkes at en fellende dom kunne baseres på disse. Dessuten

¹⁰⁰ Andenæs (2000) s. 207

¹⁰¹ Jebens (2004) s.431

¹⁰² Jebens (2004) s. 431, tilsvarende Bjerke og Keiserud (2001) s.764-65

¹⁰³ Berg (2001) s. 69

¹⁰⁴ NOU 2004:6, pkt 7.2.5.3

¹⁰⁵ Strandbakken (2003) s. 202

bør det også ta i betraktning om politiets fremgangsmåte har svekket bevisverdien. Hvis det ikke er noe å utsette på bevisets kvalitet, ”bør hensynet til den materielle sannhet veie tyngre enn at den tiltalte skal vernes mot at han angir seg selv på direkte spørsmål”.¹⁰⁶

Dette synet kan mulig støttes ut fra en annen vinkling, men det må presiseres at det her ikke gjelder bevis som er ervervet med hjemmel i strpl. § 216l. Spørsmålet som må stilles er: hva skjer generelt med bevis som er ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet.

I Rt. 2003 s. 549 hadde to politibetjenter hatt samtaler med siktede. Samtalen hadde funnet sted rett etter at siktede var blitt pågrepet og gikk deretter over til et avhør. Politibetjentene hadde ikke opplyst den siktede om hans rettigheter, jfr. strpl. § 232. Spørsmålet i saken var om innholdet av samtalen, gjengitt av politibetjenten, kunne føres som bevis.

I dommen vises det til hovedregelen om fri bevisføring, deretter til de tilfellene hvor det kan tenkes at bevis kan bli avskjært. Videre blir det sagt at det er et grunnleggende prinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse. Samtidig skal strpl. § 232 1. ledd og påtaleinstruksen 1. ledd, ”sørge for at retten til å forholde seg taus er reell ved at mistenkte før avhør alltid skal gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg. Streng håndheving av disse rettigheter er grunnleggende ved forfølgning av straffbare handlinger både i Norge og i andre land.”¹⁰⁷

Førstvoterende mente at det var feil av lagmannsretten å ikke ha drøftet om bevisføringen måtte anses å krenke domfeltes grunnleggende rettigheter eller representere en gjentakelse av rettsbruddet. Feilen ledet imidlertid ikke til opphevelse, ettersom Høyesterett la til grunn at forklaringen hadde vært av liten betydning og ikke kunne virket inn på lagrettens avgjørelse av skyldspørsmålet.

¹⁰⁶ Strandbakken (2003) s. 203

¹⁰⁷ Rt. 2003. s. 549, pkt. 17

Rt. 2003 s. 1814 gjaldt en sak hvor to politibetjenter hadde spurt føreren av en bil, som stod parkert midt i gaten, om føreren hadde drukket alkohol. Dette ble bekreftet. Utspørringen gikk over til et avhør, ved at politiet gjentatte ganger stilte det samme spørsmålet. Under avhøret fikk ikke mistenkte opplysninger om sine rettigheter. Høyesterett måtte ta stilling til om politibetjentene skulle få forklare seg om innholdet av samtalen.

Av Høyesterett ble gjengivelsen av samtalen tillatt ført som bevis. Resultatet var basert på at ” hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut, og blir underlagt prinsippet om fri bevisbedømmelse, og at As (siktete) interesse i at beviset ikke tillates, ikke er så tungtveiende at dette bør fravikes”.¹⁰⁸

Disse to dommene illustrerer at brudd på selvinkrimineringsvernet i andre sammenhenger enn det strpl. § 216l regulerer, legger opp til en vurdering mellom hensynet til sakens opplysning kontra mistenktes grunnleggende rettigheter. Det naturlige oppfølgingsspørsmålet blir da: Burde ikke den samme vurderingen legges til grunn, uavhengig om man behandler saker som reguleres av strpl. § 216l eller av andre bestemmelser. Mye taler for det og mye taler for at det gjøres. Riktignok må sakens karakter og alvor tas i betraktning, og det er mulig at sakens alvorlighetsgrad vil være utslagsgivende i forhold til hvilke hensyn som blir vektlagt.¹⁰⁹ Rettssikkerhetshensyn har større gjennomslagskraft i saker hvor siktede risikerer lange fengselsstraffer, slik som tilfellet var i Rt. 1999 s. 1269, enn saker som er mindre alvorlig, som promillekjøringen i Rt. 2003 s. 1814.

Gjennom en avveining av de ulike kildene, kan det trekkes den slutning at dersom fremgangsmåten innebærer et brudd på selvinkrimineringsvernet, vil det basert på forarbeidene, praksis og teori tilsi at bevisene som er blitt innhentet etter strpl. § 216l kan

¹⁰⁸ Rt. 2003 s. 1814, pkt. 24

¹⁰⁹ Strandbakken (2003) s. 185

bli gjenstand for avskjæring. I andre tilfeller, under forutsetning at bevisførselen ikke innebærer en fortsatt rettskrenkelse, og politiet har gått frem i samsvar med reglene, kan prinsippet om fri bevisførsel følges.

Uavhengig om beviset tillates ført eller ikke, må retten foreta en bredere totalvurdering og kartlegge om den siktede har fått en rettferdig rettergang, slik det stilles krav til etter EMK art. 6 nr. 1. Hva slags holdning norske domstoler skal innta må baseres på en tolkning av EMDs praksis.

7 Retten til en rettferdig rettergang

7.1 Har siktede fått en rettferdig rettergang?

Selv om retten til en rettferdig rettergang er uttrykt sammen med andre, spesifikke rettigheter i EMK art. 6 nr. 1, kan rettighetene ikke sidestilles. "Fair trial" - kravet påvirker de øvrige rettighetene, nærmere bestemt virkningen av at de ikke er oppfylt. Hvorvidt rettergangen har vært konvensjonsmessig beror således ikke bare på om de spesifikke kravene i art 6 nr. 1 er overholdt, men om rettergangen totalt sett har vært rettferdig.¹¹⁰

De øvrige kravene som må være oppfylt for å sikre en "fair trial" vil ikke bli nærmere omtalt. Oppgaven vil følgende ha perspektivet rettet mot selvinkrimineringsvernet.

Retten til en "fair trial",¹¹¹ jfr. EMK art. 6 nr. 1, er et overordnet prinsipp i straffesaker og når rettighetens innhold skal fastslås, er EMDs praksis den dominerende rettskilden.

I Khan mot Storbritannia, 12. mai 2000 var det spørsmål om bruken av et lydbåndopptak, som var innhentet i strid med EMK art. 8, medførte en krenkelse av retten til en "fair trial", jfr. EMK art. 6 nr.1.

¹¹⁰ Jebens (2004) s. 314

¹¹¹ Det fremgår av EMDs praksis, at uttrykket "fair trial" benyttes vanligvis om rettigheten, selv om det står "fair hearing" i konvensjonsteksten. Denne forskjellen er ikke bare av språklig karakter, men representerer også en utvidelse av rettighetens anvendelsesområde jfr. Jebens, s. 310. I tråd med EMDs praksis vil jeg benytte uttrykket rettferdig rettergang.

Klageren og hans fetter, ankom med fly fra Pakistan. De ble begge stoppet av tollere og ransaket. Ransakingen resulterte i funn av heroin, men kun hos fetteren. Fetteren ble avhørt og deretter arrestert. Klageren ble også avhørt, men erkjente ingenting, og det ble ikke tatt ut tiltale mot ham.

Ved en senere anledning besøkte klageren en venn som var under etterforskning på grunn av mistanke om narkotikahandel. Politiet hadde derfor installert avlyttingsutstyr i huset til vennen, noe som verken vennen eller klageren var klar over. Gjennom avlyttingsutstyret ble det tatt opp en samtale hvor klageren innrømmet å ha medvirket til heroinsmuglingen som hans fetter var blitt arrestert for.

Klageren ble pågrepet, arrestert og avhørt, men kom ikke med noen innrømmelser. Fetteren og klageren ble fremstilt for retten og sa seg ikke skyldig i forhold til tiltalen. Under rettergangen ble det spørsmål om båndopptaket kunne føres som bevis. Fra statens side ble det erkjent at avlyttingsutstyret innebar en krenkelse av klagers rettighet, men beviset ble likevel tillatt ført. På bakgrunn av dette sa klageren seg skyldig i tiltalen og ble dømt til tre års fengsel.

Da saken kom opp for EMD, ble det bemerket at det avgjørende bevis i saken, nemlig lydopptaket, innebar et brudd med EMK art. 8 nr 2, ettersom inngrepet ikke var ”i samsvar med loven”. Imidlertid ble det vektlagt at selve fremgangsmåten ikke var i strid med nasjonal straffelov, men oppsettet av avlyttingsutstyret manglet hjemmel i lov og kunne dermed ikke være i ”samsvar med loven” slik EMK art. 8 nr. 2 har blitt tolket. Samtidig ble det påpekt at innrømmelsen kom frivillig i samtale med vennen, uten medvirkning fra politiets side. Av den grunn fremsto beviset som pålitelig, og behovet for ytterlig bevis var dermed mindre.

I vurderingen om klageren hadde fått en rettferdig rettergang, ble det påpekt at klageren hadde hatt ”ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the

recording”.¹¹² Det ble videre vist til at de nasjonale domstolene, dersom de hadde ment at “admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness, they would have had a discretion to exclude it (...)”.¹¹³

Avgjørelsen viser at selv om det ulovlige beviset er det eneste, behøver det ikke å foreligge noe brudd på prinsippet om rettferdig rettergang, når det ikke er noe å utsette på bevisets kvalitet.¹¹⁴ Det går også frem at i denne vurderingen er det viktig at beviset fremstår som pålitelig, at siktede har kunne bestride dets ekthet, om det foreligger andre bevis, og om retten har hatt adgang til å avskjære beviset dersom bruken ville kunne føre til et usikkert resultat.¹¹⁵

Videre viser dommen betydningen av at EMK art. 6 nr. 1 ikke inneholder et lovkrav. Det er derfor ikke avgjørende om rettergangen i et aktuelt tilfelle har vært i samsvar med kravene i den nasjonale straffeprosessen. Retten til en rettferdig rettergang kan således være krenket, selv om reglene i den nasjonale lovgivningen har vært fulgt, men kan på den annen side være oppfylt, selv om det foreligger brudd på nasjonale regler.¹¹⁶ EMK art. 6 setter således ikke begrensninger for politiets adgang til å innhente informasjon, men regulerer om og hvorledes et bevis som er innhentet kan anvendes under rettergangen.¹¹⁷ I forhold til spørsmålet om bevis, som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, kan benyttes i en senere straffesak, har EMD slått fast i en rekke dommer at:

”The question which must be answered is whether the proceedings as a whole including the way, in which the evidence was obtained, were fair. This involves an

¹¹² Khan v. the United Kingdom, para. 38

¹¹³ Khan v. the United Kingdom, para. 39

¹¹⁴ Strandbakken (2003) s. 204

¹¹⁵ Jebens (2004) s. 425

¹¹⁶ Jebens (2004) s. 313

¹¹⁷ NOU 2004:6, pkt. 4.4

examination of the “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention rights is concerned, the nature of the violation found”.¹¹⁸

Sitatet gir uttrykk for EMDs generelle oppfatning om bevis ervervet på en ulovlig måte. Vernet mot selvinkriminering har en nær tilknytning til hvilke bevis som skal tillates benyttet i en straffesak. Forskjellen er at selvinkrimineringsvernet bare retter seg mot forklaringer fra den som er anklaget eller mistenkt, mens avskjæring av bevis kan være aktuelt også i forhold til vitneforklaringer og dokumentbevis.

Dette er således utgangspunktet som må knyttes opp til vurderingen om strpl. § 216l kan være en krenkelse av selvinkrimineringsvernet, som igjen kan føre til brudd på retten til en rettferdig rettergang

Ettersom det er ingen saker som omhandler strpl. § 216l, som har blitt klaget inn for EMD, er man overlatt til lignende praksis for å kunne kartlegge EMDs holdning til problemstillingen.

I Allan mot Storbritannia, 5. november 2002 (Allandommen), var klageren sammen med en annen siktet for ran av en butikk. Den medsiktete tilsto dette ranet og andre han hadde begått, mens klageren benektet enhver befatning med ranet. Imidlertid fortalte en anonym informant til politiet, at klageren hadde deltatt i et annet ran, hvor butikkeieren hadde blitt drept. Klageren ble varetektsfengslet, og for å avklare om klageren hadde vært involvert i drapet, ble det bestemt at klagerens celle, som ble delt med den medsiktete, og besøksrommet i fengselet skulle avlyttes, samt videoovervåkes.

Etter 3 uker, ble den medsiktete byttet ut med en kriminell politiinformant. Hensikten bak byttet var at politiinformanten skulle prøve å fremskaffe informasjon fra klageren, og fra politirapporten gikk det frem at politiinformanten hadde fått instruks om å ”push him for

¹¹⁸ Khan v. the United Kingdom, para. 34

what you can".¹¹⁹ I avhør hos politiet ble det også forsøkt å gjøre klageren usikker og urolig, slik at klageren skulle bli mer snakkesalig og åpne seg for politiinformanten, ved retur til fengselet.

Politiinformanten ble utstyrt med opptaksutstyr, og samtalene dem imellom ble tatt opp. I tillegg redegjorde politiinformanten for samtaler, hvor klageren hadde erkjent at han hadde vært på gjerningsstedet da drapet ble begått, men som imidlertid ikke hadde blitt tatt opp. Både forklaringen fra politiinformanten og opptakene ble ført som bevis under straffesaken. Klageren ble dømt til livsvarig fengsel.

Da saken kom opp for EMD, ble det under henvisning til Khan mot Storbritannia, konstatert krenkelse av EKM art. 8, ved at cellen til klageren og besøksrommet, hadde blitt hemmelig overvåket. Imidlertid var det sentrale spørsmålet om prosessen sett under ett, herunder måten bevisene var innhentet og brukt hadde vært rettferdig. Dessuten reiste bruken av politiinformanten, spørsmål om selvinkrimineringsvernet var blitt krenket. I den forbindelse ble det påpekt at formålet med selvinkrimineringsvernet var å beskytte klageren mot å bli utsatt for tvang til å avgi forklaring, og at det var opp til klageren å avgjøre om han ville gi en forklaring under politiavhøret. Denne valgfriheten ville bli krenket, dersom klageren velger å forholde seg taus, for deretter å bli utsatt for knep for å få ut tilståelser eller andre uttalelser av inkriminerende art som man ikke ville fått tilgang til under et vanlig politiavhør.¹²⁰

For å avklare om det forelå en krenkelse av selvinkrimineringsvernet, måtte forholdet mellom politiinformanten og politiet vurderes. EMD tok utgangspunkt i en kanadisk høyesterettsavgjørelse, hvor det fremgikk at det forelå et brudd på selvinkrimineringsvernet dersom informanten samarbeidet med politiet på tidspunktet hvor siktede kom med erkjennelser og hvis det var informanten som hadde fremprovosert forklaringen. Det var

¹¹⁹ Allan v. the United Kingdom, para. 13

¹²⁰ Allan v. the United Kingdom, para. 50

også avhengig av om samtalene mellom klageren og informanten kunne likestilles med et avhør.

I denne saken ble det bemerkt at klageren hadde benyttet seg av sin rett til å forholde seg taus, samt at erkjennelsen som politiinformanten hevdet forelå, ikke hadde vært spontan eller frivillig, men som en følge av en inngående utspørring fra informantens side som måtte betraktes som et politiavhør. Men til forskjell fra et formelt politiavhør, var denne situasjonen uten rettsikkerhetsgarantier for klageren, slik som bistand fra advokat eller opplysning om siktedes rettigheter. Samtidig var det på det rene at det forelå et samarbeid mellom politiet og informanten, i og med at informanten kunne forvente en mildere behandling dersom han bidro med oppklaringen av drapet.

Selv om det ikke ble utøvd noe direkte form for tvang, var klageren utsatt for et massivt psykologisk press. På bakgrunn av disse omstendigheter fant domstolene at forklaringene var avgitt mot klagerens vilje, og bruken innebar et brudd på klagerens vern mot selvinkriminering. Derav konstaterte domstolen at det var et brudd på EMK art. 6 nr. 1 og at klageren ikke hadde fått en rettfærdig rettergang.

Det sentrale i denne avgjørelsen er at EMD stiller spørsmål om bruken av politiinformanten er i strid med vernet mot selvinkriminering. Fremgangsmåten i Alldommen har visse likhetstrekk med etterforskningsmetoden hjemlet i strpl. § 216l. De er få, men fremtredende. I begge fremgangsmåtene er politiet delaktige, samt at strpl. § 216l gir hjemmel for å bruke en politiinformant på samme måte som i Alldommen. I Alldommen var politiet meget aktive og iscenesatt situasjoner som hadde som mål å få klageren til å røpe seg. Politiet i Rt. 1999 s. 1269, fengselsbetjentdommen, var også aktive, men den siktede var verken frihetsberøvet eller gjenstand for press av tilsvarende karakter som i Alldommen. Som det går frem av dommene vist til tidligere, Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 1994 s.1262, kan etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l brukes aktivt til å frem ønsket informasjon, og ikke bare som en lyttepost.

Synet til EMD i forhold til en slik aktiv bruk av en etterforskningsmetode, kan som i Allandommen, innebære et brudd på en rettferdig rettergang. Dette ståstedet må imidlertid tåle visse modifikasjoner. Allandommen var en svært alvorlig sak. Klageren hadde blitt dømt til fengsel på livstid, hvorpå domfellelsen var alene basert på politiinformantens forklaring, uten grunnlag i noen opptak. Kombinasjonen av beviset, og politiinformantens personlige motivasjon til å oppklare saken, svekket bevisets pålitelighet. På bakgrunn av disse momentene antas det at det ikke foreligger noe automatikk at en slik aktiv etterforskningsmetode som ble benyttet i Allandommen, representerer et brudd på retten til en rettferdig rettergang. Som Domstolen fremhever må hver enkel sak vurderes individuelt, og i lys av alle omstendighetene vedrørende saken må det foretas en helhetsvurdering.¹²¹

Kort oppsummert er det uklart hva slag betydning Allandommen vil ha for strpl. § 216l. Selv om etterforskningsmetoden hjemlet i strpl. § 216l fremstår som langt mindre drastisk, vil det likevel fremstå som naturlig å trekke paralleller mellom den og etterforskningsmetoden benyttet i Allandommen., såfremt de nødvendige reservasjonene tas.

Samtidig som Allandommen gir gode holdepunkter å bygge på, kan det være hensiktsmessig å vektlegge momentene oppstilt i Jalloh mot Tyskland. Denne kombinasjonen gir et godt utgangspunkt i vurderingen om fremgangsmåten etter strpl. § 216l krenker siktedes krav på en rettferdig rettergang.

Først og fremst må karakteren av tvangen tas i betraktning. Etterforskningsmetoden innebærer ikke noe form for direkte tvang, men som nevnt vil en fremprovosert forklaring ikke være avgitt frivillig, og derfor representere en type for indirekte tvang. Neste skritt er å se om fremgangsmåten ivaretar den mistenktes rettsikkerhetsgarantier. Dersom politiet går frem på samme måte som i fengselsbetjentdommen, får den mistenkte verken opplyst om sine straffeprosessuelle rettigheter som tilfaller ham ved et avhør og politiet holder seg ikke

¹²¹ Allan v. the United Kingdom, para. 51

innefor rammene som er trukket opp i påtaleinstruksen. Det er rimelig å antyde at ved en slik fremgangsmåte, er rettsikkerhetsgarantier fratatt den mistenkte. Til slutt må det vurderes hvordan det frembrakte materialet blir benyttet. Ettersom hensikten bak etterforskningsmetoden er å sikre bevis, vil beviset sannsynligvis bli brukt i en etterfølgende rettssak, og kan bidra til en domfellelse. Etter en helhetsvurdering og i tråd med Allandommen, kan det fremstå som mulig at fremgangsmåten etter strpl. § 216l, i visse situasjoner, kan krenke mistenktes rett til en rettferdig rettergang.

8 Avslutning

Målet med dette avsnittet er å samle trådene, for å kommentere oppgavens problemstilling.

Avhandlingens problemstilling er om etterforskningsmetoden i strpl. § 216l innebærer en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

Gjennom å kartlegge innholdet av selvinkrimineringsvernet, for deretter å se ulike sider av vernet opp mot etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l, har jeg vurdert hvor forenlig de er. Gjennom bruk av rettskilder og med særlig vekt på praksis, er utgangshypotesen til dels blitt bekreftet.

I Rt. 1999 s.1269, ble det av et enstemmig Høyesterett, konstatert at politiets fremgangsmåte representerte et brudd med selvinkrimineringsvernet. Fremgangsmåten er som nevnt kodifisert i strpl. § 216l. Spørsmålet blir da hvorfor hypotesen bare til ”dels” har blitt bekreftet. Dette må presiseres nærmere.

En viktig årsak er at det knyttes lite praksis til bestemmelsen. Derav medfører det vanskeligheter å si noe helt konkret basert på en dom. Imidlertid kan det utledes mer generelle retningslinjer fra dommen. Dersom politiet operer med skjult identitet og er meget aktive i utspørringen av mistenkte, vil det baseres på en konkret vurdering om politiet har overskredet grensen mellom samtale og avhør. Det er den grensen som vil være det sentrale kriteriet i vurderingen.

I tillegg må sakens spesielle karakter tas i betraktning. Ikke enhver bruk av etterforskningsmetoden etter strpl. § 216l, vil føre til samme resultat som i

fengselsbetjentdommen. I oppgaven er det gjennom bruk av eksempler, blitt vist at fremgangsmåten kan benyttes uten å krenke selvinkrimineringsvernet. Samtidig som formålet bak bestemmelsen blir ivaretatt, nemlig å sikre bevis.

Videre har bevisbruken vært et vurderingstema. I forarbeidene fremgår det at det følger av prinsippet om fri bevisførsel at beviset tillates. Dette synet har etter Rt. 1999 s. 1269 måtte tåle visse innskrenkninger, og vil i noen situasjoner ikke være forenlig med det indirekte aspektet av selvinkrimineringsvernet. For å kunne ta stilling til om et bevis skal tillates ført, må utgangspunktet bli tatt i en helhetsvurdering. Den baseres på en avveining mellom hensynet til den materielle sannhet og mistenktes grunnleggende rettigheter. Selv om det inkriminerende beviset blir tillatt ført, kan det være supplert av andre bevis, som gir et tilstrekkelig grunnlag for domfellelse, og kan av den grunn fortsatt være forenlig med selvinkrimineringsvernet.

Det foreligger støtte for at selvinkrimineringsvernet blir krenket ved bestemmelsen gjennom praksis fra EMD. Det ble vist at det mellom fremgangsmåten i Allan dommen og fremgangsmåten i strpl. § 216I kunne trekkes paralleller, og at fremgangsmåten under visse omstendigheter fratar den siktede retten til en rettferdig rettergang.

8.1 Hva burde være konsekvensen av at etterforskningsmetoden etter strpl. § 216I krenker selvinkrimineringsvernet.

Etter omstendighetene vil krenkelsen føre til at bevisene i en etterfølgende straffesak kan bli avskjært, men burde konsekvensen være mer vidtgående?

Det utgjør en vesentlig forskjell at etterforskningsmetoden *kan* innebære en krenkelse av selvinkrimineringsvernet, og ikke *er* i strid med selvinkrimineringsvernet. Konsekvensene blir av den grunn mer beskjedne. I tråd med Allan dommen mener jeg at domstolene burde innta en mer restriktiv holdning i forhold til bevis som krenker selvinkrimineringsvernet.

Ettersom selvinkrimineringsvernet gir uttrykk for et grunnleggende rettsstatsprinsipp, bør domstolene i mye større grad ha adgang til å avskjære bevis, og basere fellende dommer på andre selvstendige bevis. Ettersom EMD har en tendens til å bygge på tidligere praksis, antas det at EMD, i lignende saker, vil følge i samme spor, som i Allan dommen. Den rettskildemessige betydningen av EMDs praksis i norsk rett, vil kunne føre til en endring i kurs ved norske domstoler.

9 Litteraturliste

Lovgivning

Norske lover

- | | |
|------|---|
| 1902 | Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10 |
| 1981 | Lov om rettergang i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25 |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk lov (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30 |

Forskrifter

- | | |
|------|---|
| 1985 | Om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) av 28. juni 1985 nr.1679 |
|------|---|

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), Roma 4. november 1950

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (FN SP), 16. desember

1966

Forarbeider

NOU

NOU: 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

NOU: 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

Ot. prp. nr. 60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

Ot.prp. nr. 76 (2006-2007) Om lov om endringer i straffeprosessloven (avgrensa dokumentinnsyn og prøvføring)

Rettspraksis

Norske publiserte dommer

Rt. 1991 s. 616
(202-91)

Rt. 1993 s. 1077
HR-1993-01828

Rt. 1994 s. 1262
HR-1994-00136

Rt. 1997 s. 795
HR-1997-00035B

Rt. 1997 s. 1523
HR-1997-00408

Rt. 1999 s. 1269
HR-1999-00054

Rt. 2000-1345
HR-2000-00042B

Rt. 2003 s. 549
HR-2002-01547a

Rt. 2003 s. 1814

HR-2003-01137a

Rt. 2006 s. 157

HR-2006-00274-U

Internasjonale dommer

Neumeister v. Austria

The European Court of Human Rights, Strasbourg 7. mai 1974

Adolf v. Austria

The European Court of Human Rights, Strasbourg 26. mars 1982

Foti and others v. Italy

The European Court of Human Rights, Strasbourg 10. desember 1982

Funke v. France

The European Court of Human Rights, Strasbourg 25. februar 1993

Saunders v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg 17. desember 1996

Khan v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg 4. oktober 2000

Heaney and McGuinness v. Ireland

The European Court of Human Rights, Strasbourg 21. desember 2000

Allan v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg 5. februar 2003

Jalloh v. Germany

The European Court of Human Rights, Strasbourg 11. juli 2006

O'Halloran and Francis v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg 29. juni 2007

Jan Heftye Blehr v. Norway

The European Commission of Human rights (Second Chamber), 11. april 1996

Bøker

All, Jørgen. Rettergang og menneskerettigheter. 2. opplag. Bergen, 1996

All, Jørgen. Rettsstat og menneskerettigheter. Bergen, 2004

Andenæs, Johs. Norsk Straffeprosess. 3. utgave. Oslo, 2000, Bind I

Andenæs, Johs. Norsk Straffeprosess. 3. utgave. Oslo, 2000, Bind II

Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 9 utgave. Oslo, 2003

Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik. Straffeprosessloven Kommentartutgave. 3. utgave. Oslo, 2001, Bind I

Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik. Straffeprosessloven Kommentartutgave. 3. utgave. Oslo, 2001, Bind II

Hov, Jo. Rettergang I. Oslo, 1999

Hov, Jo. Rettergang II. Oslo, 1999

Jebens, Sverre Erik. Menneskerettigheter i straffeprosessen. Oslo, 2004

Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo, 2003

Strandbakken, Asbjørn. Uskyldspresumsjonen. Bergen, 2003

Trechsel, Stefan. Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford, 2005

Kapitler i bøker

Aall, Jørgen. Høyesterett som prosessrettsskaper på området for utilbørlig bevis. I: Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv. Oslo, 2002 s. 957

Garde, Peter og Strandbakken, Asbjørn. Betydningen av siktedes taushet i anledning erstatning for straffeforfølgning. I: Festskrift til Nils Nygård: Nybrott og odling. 2002, s. 81

Torgersen, Runar. Bør adgangen til bevisavskjæring utvides? I: Fauchald, Ole Kristian, Jakhellen, Henning og Syse, Aslak. Festskrift til Carl August Fleischer, dog fred er ei det beste...Oslo, 2006

Artikler

Aall, Jørgen. Noen straffeprosessuelle tvangsmidler og menneskerettighetene. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1994, s. 584

Berg, Jens Petter. Bevisbruk under straffesak av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll eller infiltrasjon- en krenkelse av den menneskerettslig beskyttede taushetsplikt. I: Yulex, 2001, s. 59

Johansen, Jon Petter Rui. O'Halloran og Francis mot Storbritannia, søkenummer 15809/02; 25624/02, dom av 29.juni 2007(Storkammer). I: Tidsskrift for strafferett, Årgang 2007, nr. 03, s. 328

Ravlo- Losvik, Line. Forbudet mot selvinkriminering. I: Utvalget for skattesaker 1997, nr. 1

10 Lister over tabeller og figurer m v